عقد التحكيم في الشريعة والقانون

دراسة لتقنين الفقه الإسلامي
والتأثير التشريعي لمجلة الأحكام العدلية

الدكتورة فاطمة محمد العوا

المكتب الإسلامي

عقد التحكيم في الشريعة والقانون

دراسة لتقنين الفقه الإسلامي
والتأثير التشريعي لمجلة الأحكام العدلية

الدكتورة فاطمة محمد العوا

المكتب الإسلامي

عقد التحكيم
في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

أصل هذا الكتاب

رسالة نالت بها صاحبتها درجة الدكتوراه في القانون

من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية

ونالت الرسالة جائزة أحسن الرسائل لعام ١٩٩٩-٢٠٠٠

من الكلية نفسها

المكتب الإسلامي

بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - هاتف : ٤٥٦٢٨٠(٠٥)

دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧

عمّان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٤٦٥٦٦٠٥

عقد التحكيم في الشريعة والقانون

دراسة لتقنين الفقه الإسلامي
والتأثير التشريعي لمجلة الأحكام العدلية

الدكتورة فاطمة محمد العوّا

المكتب الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى مخاطباً نبيه ﷺ:

﴿فَاسْتَمْسِكْ بِالَّذِي أُوحِيَ إِلَيْكَ إِنَّكَ عَلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ (٤٣)
وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَكَ وَلِقَوْمِكَ وَسَوْفَ تُسْأَلُونَ (٤٤)﴾ [سورة الزخرف].

الإهداء

إلى بيتي الأول.................إلى جدتي،

إلى مدرستي الأولى.......إلى أمي،

رحمهما الله تعالى،

وإلى أعز الناس وأغلاهم،

أستاذي، وقدوتي، وصديقي،

أبي...

حفظه الله...

شكر وعرفان

تتقدم الباحثة بخالص شكرها وعميق عرفانها بالجميل لأساتذتها الأجلاء:

الأستاذ الدكتور فريد العريني والأستاذ الدكتور محمد كمال إمام اللذين توليا الإشراف على عملها العلمي في هذه الرسالة.

فأما الدكتور فريد العريني فلولا نظره الثاقب، وأبوته الحازمة، وأستاذيته الحانية، ما كان لهذا العمل أن يتم في هذا الوقت.

وأما الأستاذ الدكتور محمد كمال إمام فقد منح الباحثة من وقته وفكره ومتابعته الدائبة الدائمة ما تعجز عن التعبير عن تقديره. وقد تفضل عليها فأتاح لها من نفائس مكتبته الغنية العامرة بأمهات الكتب، ونوادر الرسائل، ما لم يكن لها قِبَلُ بالعثور عليه إلا عن طريقه.

فلهما معاً تتقدم الباحثة بأصدق تعبير تملكه عن عرفانها وتقديرها ودَيْنِها الذي تعجز ـ يقيناً ـ عن الوفاء به.

والأستاذ الدكتور حسام عيسى، أستاذ القانون التجاري بكلية الحقوق بجامعة عين شمس، الذي علَّمها وآخرين كُثُرٌ من زملائها، في سنوات دراستهم الجامعية، مع العلم القانوني العميق، صدق الولاء الوطني والانتماء القومي، وقد كانت سعادة الباحثة بالغة بقبوله المشاركة في لجنة الحكم على الرسالة موقنة أن استفادتها من ملاحظاته ستمتد امتداد استفادتها من دروسه ومحاضراته.

وقد أشفقت الباحثة على نفسها كثيراً حين علمت بتشريف الأستاذ العميد الدكتور مصطفى الجمال لها برئاسته هذه اللجنة. لعلمها من قراءتها لمؤلفه في التحكيم وبعض بحوثه ـ مما اعتادت أن تستله من مكتبة أبيها ـ أنه لن يرضى

إلا بمثل ما صنع هو. وهي أدرى الناس بعيوب عملها وأوجه القصور فيه فأنَّى لها أن تحوز رضاه؟!

وهي مع ذلك لا تملك ما تعبر به عن امتنانها لاقتران اسمه بعملها، ولدخولها بذلك في زمرة طلابه.

وقد وفّر الأستاذان الجليلان الدكتور حسام عيسى والدكتور مصطفى الجمال وقتاً ثميناً من وقتهما النفيس ـ في أمد قصير ـ ليفرغا لهذه الرسالة، وهو موجب شكر متجدد من الباحثة لهما.

ولا تستطيع الباحثة أن تنسى فضل الأساتذة الكرام ممن اتسع وقتهم لها لتجلس إليهم فتعرض عليهم أفكارها وتناقشهم في خطوات بحثها، فلم يضنُّوا عليها بوقت ولا مشورة ولا بكتب نادرة لم تجدها إلا عندهم.

وتخص الباحثة بالذكر من هؤلاء: الأستاذ الجليل المستشار طارق البشري، أحد الرموز المعدودة في الحياة القانونية والفكرية العربية، والأستاذ محمد الفاتح مدني مستشار بنك فيصل الإسلامي بالبحرين، والأستاذ مصطفى منصور مصطفى المحامي رحمه الله، والخالة العزيزة الدكتورة آمال الفزايري أستاذة قانون المرافعات بجامعة الملك عبد العزيز بجدة، والمستشار الجليل الدكتور محمد أبو العينين نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا ومدير مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

وقد حاطت الباحثةَ عائلتُها القاهرية والسكندرية بعواطف صادقة ومعونة لا تقدر حين مرت، وهي تعد هذه الرسالة، بظروف ضاغطة، ولولا هذه المشاعر الصادقة ما تمكنت من اجتياز تلك الظروف، وإنجاز هذا العمل، وكان لجميع أفراد أسرتها الصغيرة فضل عظيم خاص جداً تذكره الباحثة وتقدره.

وكان الزملاء المسؤولون عن مكتبة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ومكتبة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي خير عون للباحثة في الحصول على المراجع التي استعانت بها في عملها، فلهم جميعاً منتهى شكرها وعرفانها.

ولولا جلد الأستاذ مجدي نور، المتخصص في شؤون الحاسب الآلي، الذي أعاد طباعة هذه الرسالة ثلاث مرات، ما استطاعت الباحثة أن تفي بوعدها لأساتذتها فتقدم الرسالة إليهم في موعدها.

وتمتثل الباحثة لأمر أبيها، فتمسك عن ذكر تفاصيل فضله عليها في هذه الرسالة، لكن ذلك لا يمنعها من أن تنحني: مقبلة الرأس واليد، عرفاناً، وحباً، وامتناناً.

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم
الأستاذ الدكتور محمد كمال إمام
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

لم يكن أمامها إلا أن تتفوق، استجابة لسيرتها الذاتية منذ أن تعلمت القراءة والكتابة، وإصراراً منها أن تكون سر أبيها، فسارت في الطريق الوعر، واختارت فاطمة العوَّا أن تكون أطروحتها للدكتوراه عملاً يجسد الهوية المحاصرة، ويؤكد المقاومة المرتقبة، فلم يكن التصاقها بصناعة التشريع سوى جسر يربطها بفقه الأمة في كل المذاهب، وبتاريخ الإسلام في جميع العصور، فمجلة الأحكام العدلية ليست مجرد صياغة نص، أو إصدار لقانون، بل هي في حقيقتها موقف انحازت فيه الدولة العثمانية ـ وكانت في وقتها خلافة المسلمين ـ لميراثها الحضاري التشريعي، واختارت المواجهة بديلاً عن الاندماج في الغرب، وتترست بالإسلام الذي يحكم الحياة اليومية للأمة في القضاء والفقه رغم العواصف العلمانية، من داخلها حيث أطلت رؤوس التغريب، ومن خارجها حيث أصبحت هدفاً لعيون شتى تريد اجتياحها عقيدة وناساً وأرضاً، و«تأثير مجلة الأحكام العدلية على القوانين العربية»، والذي جعلته د. فاطمة العوَّا علماً على دراسة أرهقتها، هو ميدان فسيح يحتاج من الباحثة إلى صبر المؤرخ، وحكمة المشرع، وعدالة الفقيه، فللمجلة تاريخ لابد أن تسبر أغواره، وأن تعرف أسبابه ودواعيه، وفي المجلة تشريع لابد أن تعرف صياغاته وتدرس اختياراته، وفي المجلة فقه لابد من شرحه وبيان أدلته، وعلى الدرب نفسه تسير الباحثة وهي تعرض للقوانين العربية التي تأثرت بالمجلة مرجعية واصطلاحات

ومضامين، واتسع أمامها المجال سعة لا يستوعبها الدرس العلمي الرصين، ولا يقبلها منهجه في العمق والدقة فجعلت عقد التحكيم نموذجها الكاشف عن التأثير، ومعيارها الحاكم عند التقويم، وحسناً فعلت فالتحكيم قديم جديد، بل إن فيه من الجدة ما يجعله الأقدر على حمل الاتجاهات المعاصرة في الفكر القانوني بحيث تبدو أصالة الفقه الإسلامي راسخة أمام أحدث التطورات، ويذكر لمجلة الأحكام العدلية أنها حركت المياه الآسنة في الفقه والتشريع على السواء، وقد امتدت هذه الحركة لتستوعب العالم العربي كله، من خلال المجلة التي أصبحت مادة دراسية، في الآستانة، ودمشق، وبيروت، وبغداد ولا تزال شروح علي حيدر، والأقاسي، والغزي، والمحاسني، والراوي، وتعليقات كاشف الغطاء، وشروح قواعد المجلة لعبد الستار الراوي، وأحمد الزرقا، وغيرهم أعمالاً علمية تعتز بها مكتبة الفقه الحديث، ونسج على منوالها دول وأفراد، فكانت مجلة الالتزامات التونسية محاولة حكومية تقتفي أثر المجلة، وكانت مشروعات القوانين التي طبقت بالفعل، جهداً فردياً يتابع المجلة وينقِّح بعض صياغاتها، ويعبر كل منها عن فقه مذهب واتجاه مجتمع، وتدرج في هذه السلسلة الذهبية أعمال قدري باشا وتعليقاته على المذهب الحنفي، ومجلة الأحكام على المذهب المالكي، ومجلة أحكام الشريعة على المذهب الحنبلي، ومحاولة محمد حسن الشطي في كتابه «توفيق المواد النظامية لأحكام الشريعة المحمدية»، وقد كان هذا التأصيل العلمي هو مقدمة الاستقلال التشريعي الذي تمثل في قوانين مدنية عربية صدرت في عديد من دول المشرق العربي - خاصة تلك التي طبقت فيها مجلة الأحكام العدلية - بل إن العالم العربي كله يعيش مخاضاً دستورياً وتشريعياً وسياسياً طريقه وغايته الشريعة الإسلامية، ونتمنى أن تصبح قريباً لحمته وسداه.

لقد جاءت رسالة الدكتورة فاطمة العوَّا بعد الفصل التمهيدي في قسمين وكل قسم في بابين، وقد التزمت في القسمين بأبوابها الأربعة منهج التحليل والمقارنة وهو منهج أصيل في الفقه الإسلامي باعتراف «لامبير» أحد صنَّاع الفقه المقارن في القرن العشرين، ولم تتوقف عند المقارنة بين المذاهب الإسلامية والمجلة، أو بين المجلة والقوانين العربية التي اختارتها، بل قدمت

جهداً متميزاً وجديداً في المقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون الإنجليزي في مواد التحكيم، وأظهرت بجلاء علمي ـ العاطفة فيه دافعة لا حاكمة ـ تميز الفقه الإسلامي وآثاره الناطقة في الفقه الغربي الذي عرفه من روافد متعددة، ورغم تداخلها في النسيج الغربي للقانون إلا أن عين المؤرخ الحصيف تعيدها سيرتها الأولى، حيث فقه المسلمين لها انتماء ووطن؛ وليس هذا الإنصاف لشريعة الإسلام وفقه المسلمين هو حصاد هذه الرسالة المتقنة، بل إن فيها حديثاً محرراً موثقاً عن علو كعب فقهائنا في الصياغة باعتبارها فناً، وفي التشريع باعتباره علماً. وفي الرسالة عقل بصير ناقد، يعرف كيف يزن الآراء وكيف يختبر الأدلة، وكيف يصل إلى النتائج، وفي الرسالة بعد ذلك كله دعوة إلى العودة للإسلام كمرجعية، وإلى فقه المسلمين ـ المادة والمنهج ـ دراسة، وإلى الحفاظ على الهوية التي يحميها عقل يحمي ثوابته، ولا يوصد الأبواب أمام حكمة الآخرين، بل يقدرها بما احتوته من صواب، وبما عنده من حاجة، والرسالة بما فيها جدة قد تنوء صاحبتها بعبء التجديد فتطلق الفكرة وهي لا تزال في انتظار الدليل، ولأن البحث يتحرك على جغرافية ممتدة، وفي زمان يطول فإنك في قليل من المواطن تحس بوهن الخطى أو نفاد الصبر، وقد تتوقف قبل نهاية الشوط، وقد تنسى من الإرهاق أن تسعى إلى مرجع أو أن تتابع تجربة، وحسبها أنها أقامت بناء رسالتها على منهج أجادت تطبيقه، وبمادة أحسنت استخدامها، وبعلم أقنعتنا أنه رسالة لا حرفة، فإذا أضفنا عملها إلى ما قدمه عثمان أزتورك في كتابه «المجلة في تاريخ التشريع العثماني» والذي أصدره في استانبول بتركيا عام ١٩٧٣، وتناول فيه مجلة الأحكام العدلية وأهميتها في تاريخ الفقه الإسلامي، وأثره على الحياة التركية في العصر العثماني، فإن عمل الدكتورة فاطمة العوّا يحتل أهميته من كونه أول دراسة شاملة لمجلة الأحكام العدلية في الدائرة العربية، ويبقى أثر مجلة الأحكام العدلية في قوانين الدول الأوربية، خاصة دول البلقان والجمهوريات المستقلة عن الكيان الروسي، يبقى هذا العمل في انتظار باحث شجاع، أو باحثة مغامرة، تقتحم الميدان الصعب، وتكمل البناء الضخم في صورته الكلية، ويبقى الميدان واسعاً والطريق ممهداً أمام الدراسات الجزئية التي تتناول تأثير

مجلة الأحكام العدلية في موضوع خاص أو قانون محدد أو دولة بعينها.

لقد شهدتُ مولد هذه الرسالة فكرة وتابعته حتى استوى على سوقه بحثاً جامعياً متميزاً نالت عليه فاطمة العوَّا أعلى ما تمنحه كلية الحقوق من تقدير علمي، وشاعت صاحبته ـ حسنَ ظنٍ منها ـ أن أقدمه إلى الناس، وهو في تقديري يقدم نفسه بما بذل فيه من جهد، وما يحتويه من علم، وما يعلنه من دعوة، وإذا كانت الدكتورة فاطمة العوَّا تتقدم اليوم بعملها الأول، فإنها تعلن بنشره أمام الله والناس أنها سوف تظل على درب العلم، مهما كان شاقاً ـ فالعلم أمانة لا شهادة.

محمد كمال إمام
أستاذ الشريعة، كلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

المقدمة

١ ـ تمهيد:

مر ما يزيد على القرن منذ صدور مجلة الأحكام العدلية، وهي المجلة التي صدرت تلبية لمطالب الاتجاه الإصلاحي الإسلامي في الدولة العثمانية في صراعه مع الاتجاه الإصلاحي الداعي إلى التغريب، فحكمت شؤون المعاملات لأكثر من خمسين عاماً في تركيا واستمر العمل بها قرابة القرن في بعض البلاد العربية.

استنهضت المجلة همم الفقهاء ورجال القانون في العالمين العربي والإسلامي ـ رغم وقوع أغلب أراضيه تحت الاحتلال الأوروبي الفرنسي والبريطاني ـ فأخذت الجهود الفردية تتوالى لوضع أعمال على نسق المجلة مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وكان ظن كثير من القادة الفكريين لمحاولات الاستقلال الوطني أنه في أعقاب انتصار حركة النهضة والاستقلال ستتغير القوانين المنبتة الصلة بالأصول التشريعية للبلاد العربية التي فرضها المحتل، باعتبار أن ما جاء لعذر بطل بزواله[1]، فلولا الاستعمار ما جاءت قوانين المستعمر إلى البلاد العربية؛ وكان الظن أن الحكومات الحرة المستقلة ستضع من القوانين ما يربط الحاضر بالماضي من خلال ذلك الجذر الحي للتاريخ والثقافة الجامعة للأمة، ألا وهو الشريعة الإسلامية.

ويبدو أن الهزيمة الحضارية كانت أعمق جذراً من الهزيمة العسكرية فإذا

---

(١) منير القاضي «شرح المجلة»، القاعدة رقم (٢٣) والقاعدة (٢٤)، الطبعة الأولى، ص٨٤ ـ ٨٥، مطبعة العاني، سنة ١٩٤٨م وزارة المعارف العراقية، بغداد.

بالحكومات العربية «تعتقد الكمال في من غلبها وانقادت إليه، وتنتحل جميع مذاهب الغالب ونظمه، والناظر بعين الحكمة يرى في ذلك علامة من علامات الاستيلاء»[١] فبينما نهضت الجهود الفردية ونمت لإحياء العلوم الإسلامية وتجديدها إذا بالحكومات تتراجع مفسحة المجال ومخلية الساحة لاستعمار جديد ألا وهو الاستعمار الثقافي ومنه الاستعمار التشريعي.

ومتابعة لجهود أعلام الثقافة الإسلامية والفقه الإسلامي الذين عملوا منذ بداية عصر الاستعمار على التبشير باستقلال تشريعي تأتي هذه الرسالة محاولة للتذكير بهذا الأمل وتحليل التجارب التشريعية التي اتخذت من الفقه الإسلامي أساساً لها.

٢ ـ التعريف بالدراسة:

اختارت الباحثة ميداناً لدراستها موضوع عقد التحكيم وهو موضوع يُظَنُّ عند أول النظر أنه لا يتصل من قريب أو بعيد بالفقه الإسلامي. ولكن دراستها لأحكام التحكيم في المجلة أثبتت أنها لا تزال «عملاً قانونياً ذا مغزى هام في تطور التشريع الإسلامي، فقد دلت بوضوح ـ رغم تقيدها بدائرة المذهب الحنفي عموماً ـ على أن أحكام الفقه الإسلامي يمكن بقليل من المعالجة أن تأخذ الإطار الحديث الذي يحقق لها مزايا كثيرة في مجال التطبيق الواقعي»[٢].

ومن ثم كانت دراسة مواد المجلة الإحدى عشرة التي عالجت من خلالها التحكيم دراسة أثبتت صلاحية الفقه الإسلامي لبناء نظمنا القانونية الحديثة عليه.

٣ ـ لماذا التحكيم؟

وكان اختيارنا موضوع التحكيم راجعاً إلى أسباب عدة هي:

---

(١) ابن خلدون، «المقدمة»، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص١٤١، ط ١٩٦٨م. والاستيلاء المقصود هو الغلبة وقهر البلاد المقلدة.

(٢) ن.ج. كولسون، في «تاريخ التشريع الإسلامي»، ترجمة وتعليق د. محمد سراج، ط الأولى، سنة ١٩٨٢م، دار العروبة بالكويت، هامش ص٣٠٣.

١ ـ علاقة البلاد العربية بالتحكيم مثال مصغر لعلاقتها بالغرب الذي استتبع دخوله البلاد العربية استبعاد الشريعة من مجال التطبيق. فقد اتخذت الشركات الغربية الكبرى ومن ورائها حكوماتها التحكيم وسيلة لاستبعاد القوانين العربية الداخلية في النزاعات القانونية الأكثر أهمية وهي منازعات النفط واستخراجه وتسويقه وصناعته؛ فكان أن نشأ حاجز نفسي بين معظم النظم القانونية العربية والتحكيم، ثم تطورت العلاقات العربية الغربية تطورات إيجابية في عدد من المجالات الاقتصادية بحيث أصبح من الضروري التعامل مع التحكيم بشكل أو بآخر، فتعاقب التطور التشريعي بقيادة الفقه القانوني ومؤسسات الدولة في محاولة لإيجاد صيغ بديلة عن الصيغة التي تفرضها الشركات الغربية في تنظيم التحكيم، بما يمكن البلاد العربية من تحقيق العدالة التي تنشدها بلجوئها إليه بديلاً عن القضاء الوطني.

٢ ـ بسبب الاتصال المتزايد بين الدول العربية والدول الغربية، والنهضة الاقتصادية في البلاد العربية، واحتياج مشروعات التنمية إلى رأس المال. والتقنية الأوربية والأمريكية أصبحت عجلة تطوير قواعد التحكيم وتقويمها تدور داخل حدود الوطن العربي بذات السرعة التي تدور بها خارجه، فخلال التسعينات من هذا القرن صدرت سبعة تشريعات تحكيمية عربية هي على التوالي:

قانون دولة الإمارات ١٩٩٢م

قانون اليمن ١٩٩٢م

قانون الجزائر ١٩٩٣م

قانون دولة البحرين ١٩٩٤م

قانون مصر ١٩٩٤م

قانون سلطنة عمان ١٩٩٧م

وهذا الازدهار والتطور التشريعي السريع يدل على تحول في طبيعته، إذ يبدو أنه أصبح أصلاً لحل المنازعات التجارية ـ الداخلي منها والخارجي ـ وليس بديلاً استثنائياً كما كان من قبل.

٣ ـ هذا التطور المتسارع يؤكد أهمية إلقاء الضوء على القواعد المنظمة له والمستمدة من مبادئ واحد من أكبر المذاهب الفقهية وهو المذهب الحنفي، مقارنة بالتشريعات العربية، خاصة في ظل المحاولات العربية لتوحيد تشريعاتها في هذا المضمار، لمعرفة مدى صلاحية هذه المبادئ عاملاً موحداً لتشريعات التحكيم العربية من حيث كونها لا تبعدها ـ أي البلاد العربية ـ عن دائرة العالمية التي تسعى تلك البلاد للحاق بركبها.

ولذلك اهتمت هذه الدراسة بالمقارنة بين منهج المجلة ومنهج غيرها من الأعمال الفردية التي تتبعت خطاها، والقوانين، التي اتخذت من المجلة مصدراً تستقي منه نصوصها أو مرجعية تشريعية عامة لها. كما قارنت بين القانون الإنجليزي (Arbitration Act 1996) وبين المجلة والقوانين العربية باعتبار القانون الإنجليزي هو أحدث القوانين الأوربية في هذا المجال.

٤ ـ تشريع التحكيم حي متطور بمعنى أن تطوره سريع للغاية، فإن كان قانون نابليون صدر أوائل القرن الماضي ١٨٠٤م وأصدرت فرنسا تعديلات عدة له في هذا القرن، فإن التحكيم في فرنسا قد صدرت بتنظيمه ثلاث قوانين متتالية أولها عام ١٩٢٥م ثم عام ١٩٨٠م ثم أخيراً عام ١٩٨١م، كل قانون يصدر مغيراً للقواعد التي جاء بها القانون السابق عليه بما يعكس تطور قواعد التحكيم ونموها.

فنموذج مثل التحكيم هو الأقدر على تقويم تشريع المجلة من خلال قراءاتنا في تفسير نصوصها الأحد عشر المنظمة له؛ وأثر هذه النصوص، أو بالأحرى صلتها بالنصوص التشريعية الحديثة التي تنظم التحكيم، لا سيما في البلاد العربية.

٤ ـ هدف الدراسة:

هذه الدراسة المقارنة كان هدفها الإجابة على الأسئلة:

١ ـ هل كانت الأوضاع التشريعية في البلاد العربية في حالة فقر واحتياج شديدين مما استتبع استيراد قوانين غريبة عن ثقافتها وتاريخها وحضارتها؟.

٢ ـ أكان تشريع المجلة غير صالح للتطوير ليستوعب المستجدات العصرية؟

٣ ـ هل بقي شيء من تشريع المجلة في قوانين الدول التي طبقتها، أم استبعدت تماماً فلم يبق لها أي أثر يذكر؟

٤ ـ هل تقترب معالجة تشريع المجلة لموضوع حديث هو التحكيم من القواعد الحديثة المنظمة له على الصعيدين العربي والغربي، أم أنها مبتدئة الصلة بها؟

٥ ـ أين يقف تشريع المجلة من القوانين الحديثة؟ وهل كانت المجلة خطوة على طريق جهود تطوير مصادر الشريعة القانونية بما يسهل على رجل القانون العادي فهمها وتطبيقها؟ أم أنها ساهمت في وأد تلك الجهود في مهدها بتوقف تطبيقها في الدولة التي أصدرتها بعد نصف قرن فقط من صدورها؟

٥ ـ خطة البحث:

قسمت الباحثة رسالتها على النحو الآتي:

الفصل التمهيدي: وفيه نلقي الضوء على العائلات القانونية الكبرى والمدارس التشريعية ومحاولات التقريب بينها وصلة القوانين العربية بها وموضع الشريعة الإسلامية منها ومدى إمكان الاستناد إليها في تطوير نظمنا القانونية المعاصرة. ويتضمن ذلك كله المبحث الأول.

وفي المبحث الثاني درسنا تاريخ التقنين بوجه عام، وتقنين الشريعة الإسلامية بوجه خاص وتاريخ حركة التشريع الحديثة في البلاد العربية لنصل من ذلك إلى تحديد صلة المجلة بتشريع هذه البلاد وقوانينها.

ثم قسمنا الرسالة بعد هذا الفصل التمهيدي إلى قسمين:

القسم الأول: درسنا فيه مجلة الأحكام العدلية وأثرها على القوانين العربية، فانقسم إلى بابين:

أولهما في المجلة والتجارب التقنينية اللاحقة عليها، وهو مقسم إلى فصلين:

الفصل الأول: عنوانه مجلة الأحكام العدلية، ونقسمه إلى مبحثين:

الأول: نرى فيه ظروف وضع المجلة من خلال التعرف على البيئة القانونية والخلفية التاريخية التي أفرزتها ثم التعريف بها، بدراسة منهجها التقنيني شكلاً وموضوعاً.

والمبحث الثاني: نقارن فيه بين منهج المجلة الشكلي والموضوعي ومنهج بعض الأعمال الفردية التي اقتدت بها.

أما الفصل الثاني من هذا الباب نتناول فيه نموذجين قانونيين من القوانين المدنية للدول التي طبقت فيها المجلة، في مبحثين متتاليين في محاولة لرصد كيفية تأثرهما بالمجلة شكلاً وموضوعاً.

أما **القسم الثاني**: فعنوانه نظام التحكيم بين القانون الوضعي ومجلة الأحكام العدلية. ونقسمه إلى بابين:

الباب الأول: نتناول فيه التحكيم الحديث من خلال فصلين نخصص أولهما لدراسة تاريخ التحكيم وتطوره، ونخصص المبحث الثاني لدراسة التحكيم بين مذاهب أهل السنة ومجلة الأحكام العدلية.

أما الباب الثاني: فنقسمه إلى فصلين نتناول في أولهما التحكيم في قوانين بلاد المجلة العربية، وفي الثاني التحكيم بين مجلة الأحكام العدلية والقانون الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م.

آملين أن نصل في ختام هذه الدراسة ـ إلى تقويم علمي لهذا التشريع الذي وضع في نهايات القرن السابق فاتحاً أبواباً واسعة، منها الباب الذي دلفت منه هذه الرسالة.

والله ولي التوفيق ومنه أستمد العون والسداد.

الفصل التمهيدي

في تاريخ التقنين وتطوره

المبحث الأول

تاريخ التقنين وتطوره

١ ـ تقسيم وإيضاح:

دراسة التقنين بعامة، وتقنين الشريعة بخاصة، تمهيد لازم لفهم مجلة الأحكام العدلية، باعتبارها النموذج الأول الذي فتح الباب ومهد الطريق لغيره، بعد أن تمثلت فيها بعض أحكام الشريعة ـ كما عبر عنها المذهب الحنفي ـ مقننة على النسق المتعارف عليه حديثاً، في جامع واحد، هو مجلة Code، لأبواب متتالية يضم كل منها عدداً من المواد في موضوع واحد أو في موضوعات رآها صانعو هذا الجامع ـ المجلة ـ متجانسة. لذلك خصصنا للتقنين الفصل التمهيدي وذلك يقتضينا أن نتناول الأمور التالية:

أولاً: تعريف التقنين.

ثانياً: نشأته وتاريخه.

ثالثاً: أهميته وهدفه.

رابعاً: التمييز بينه وبين ما قد يختلط به.

لنصل بعد استعراض هذه المسائل الأربع، وصولاً طبيعياً، إلى موضوع القسم الأول أي إلى أشهر مدونات التقنين المجموع أخذاً من الفقه الإسلامي: مجلة الأحكام العدلية.

٢ ـ تعريف التقنين:

٢/١ ـ مصطلح التقنين ترجمة لمصطلح إنجليزي هو Codification وفرنسي هو La Codification. ومعناه اصطلاحاً «تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون، أو هو تشريع جامع لهذا

الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع، فلا يطلق هذا الاصطلاح على أي تجميع غير رسمي قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون، إذ مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهي بحت لا يرتفع إلى مرتبة التشريع الجامع أي إلى مرتبة التقنين»[1].

٢/٢ ـ فالتقنين بالمعنى السابق تجميع النصوص القانونية التي يمثل كل منها القاعدة القانونية، العامة، المجردة، الملزمة، التي ترتب مخالفتها أثراً قانونياً يختلف باختلاف نوعها، وهذا الأثر هو المصطلح على تسميته «الجزاء»، بأشكاله التي تختلف بحسب اختلاف الطبيعة القانونية للفرع القانوني الذي ينتمي إليه، فهو العقوبات من مالية ومعنوية أو مقيدة للحرية أو بدنية في قانون العقوبات، وهو التعويض أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه أو الإلغاء أو البطلان...... إلخ في القوانين الأخرى.

وهذا التجميع الذي يسمى تقنيناً يصدر عادة من السلطة التشريعية، وقد يصدر من غيرها من السلطات المختصة بإصدار القوانين ـ عند عدم وجود سلطة تشريعية أو عند تفويضها لغيرها ـ وعند صدور التقنين يصبح ملزماً للقضاة والأفراد والهيئات المختلفة في المجتمع، وتكون قواعده هي الفيصل في تنظيم العلاقات التي تتصل بها في الدولة.

٣/٢ ـ والتقنين عادة له شكل خاص يصدر فيه، أولاً: بإعطاء كل نص قانوني أو قاعدة رقماً في سلسلة متوالية من النصوص المرقمة. ثانياً: بمعالجة التقنين الواحد أي المجموعة الواحدة من النصوص المرقمة لموضوع قانوني واحد فقط.

وبذلك يخرج من نطاق التقنين:

أولاً: المجهودات الفردية أو الجماعية لأشخاص خارج المؤسسة المختصة بإصدار التشريعات في الدولة، ولو أخذت شكل التجميع المتناسق موضوعاً، المرتب شكلاً، والمرقم توالياً، على النحو المتعارف عليه في التقنينات الرسمية.

---

(١) محمد كامل بك، وسيد مصطفى المراغي، «أصول القوانين»، طبعة ١٩٢٣ ص٢٢٧.

ثانياً: أية أعمال ذات صبغة قانونية تصدر عن الدولة، لكنها غير مفرغة في الشكل والإطار المميز للتقنين كالمذكرات الإيضاحية ومجاميع أحكام المحاكم.

أما غير ذلك من قواعد قانونية ملزمة مثل السوابق القضائية(١) فهي لا تدخل في عداد التقنينات على الرغم من قوتها الإلزامية لأنها لا تفرغ في شكل مدونة قانونية.

٢/ ٤ ـ فالتقنين ـ إذن ـ تجميع للنصوص القانونية بشكل خاص وإصدارها من قبل الدولة، في مجموعات متجانسة يعالج كل منها فرعاً واحداً فقط من فروع القانون. وهذا الجامع في كل فرع هو الذي يسمى Code، فجامع القانون المدني هو التقنين المدني Civil Code، وجامع القانون الجنائي هو قانون العقوبات Penal Code، وجامع قانون المرافعات هو قانون المرافعات المدنية والتجارية Code of Civil and Commercial Procedures وجامع القانون التجاري هو التقنين التجاري Commercial Code وهكذا.

---

(١) في أفول وتراجع قاعدة إلزامية السابقة القضائية، انظر مقالة الدكتور برهام محمد عطا الله، مجلة كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الصادر سنة ١٩٧٠ من ص١٢٩ ـ ص١٨٢. فقد قرر في بداية مقاله أن القانون الإنجليزي الذي هو قلعة السابقة القضائية «يمر حالياً بفترة من التحول والتطور ليس من المغالاة مقارنتها بفترات الإصلاح القضائي التي عاشتها إنجلترا في الربع الأخير من القرن الماضي تحت تأثير كتابات بنتام، ولعل أهم مظاهر هذا التطور هو العدول عن اتباع قاعدة إلزامية السابقة القضائية... وقد تم هذا العدول ـ عن اتباع قاعدة السابقة القضائية ـ أو ما يطلق عليه عموماً قاعدة STARE DECISIS بأن أصدر مجلس اللوردات باعتباره أعلى هيئة قضائية في إنجلترا إعلاناً خاصاً في ٢٦ يوليو سنة ١٩٦٩ أوضح فيه عزمه على الخروج على ما كان يجري عليه من الالتزام بما سبق أن قرره من سوابق قضائية في الماضي وأنه سيتراجع عن المبادئ التي يكون قد سبق له تأكيدها إذا بدا أنه من الخير العدول عن هذه المبادئ...» ص١٢٩ ـ ١٣٢.

وانظر أيضاً:

Michael Zander, The law - Making Process, Second Edition p. 158: 202. Weiden field and Nicolson 1985.

٥/٢ ـ وقد استخدم لفظ التقنين قريناً للفظ التجميع دالين على ذات المعنى حتى استقر في الثلاثينيات من هذا القرن لفظ التقنين وحده. فقد كتب محمد كامل بك وسيد مصطفى المراغي بك في مؤلفهما أصول القوانين المطبوع سنة ١٩٢٣ أن «التجميع هو عمل مجموعة واحدة La Code لكل جزء كامل من أجزاء القانون، يلم فيها شتات الأحكام القانونية. . . . ويقال للقوانين إنها مجمعة إذا عملت بمعرفة السلطة التشريعية في قانون واحد ولم تكن متشعبة في قوانين مختلفة ومبعثرة في جهات متعددة. . .»[١].

وكذلك أشار الدكتور حشمت أبو ستيت إلى التقنين تحت عنوان التجميع في مؤلفه «مذكرات في مقدمة القانون» المطبوع سنة ١٩٣٥، وعرفه كما يلي: «التجميع هو إدماج الأحكام المطبقة فعلاً والمتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة Code تصدر من السلطة صاحبة التشريع. . .»[٢].

ثم عولج الموضوع تحت اللفظين معاً في مؤلفات عدة منها مؤلف الدكتور حشمت أبو ستيت والدكتور السنهوري «أصول القانون» المطبوع سنة ١٩٣٨؛ ثم استقرت كتب القانون بعد ذلك على معالجة الموضوع تحت عنوان التقنين وهكذا غلب هذا المصطلح على سواه[٣].

٣ ـ تقنين الشريعة الإسلامية:

عرف بعض الفقهاء تقنين الشريعة الإسلامية بأنه: «جمع أحكام المسائل في باب على هيئة مواد مرقمة، يقتصر في المسألة على حكم واحد مختار من الآراء المختلفة التي قالها الفقهاء فيها، وذلك ليسهل الأمر على القضاة في معرفة الحكم المختار وتطبيقه وحده على الناس دون الآراء المخالفة للرأي المختار»[٤].

---

(١) محمد كامل بك وسيد مصطفى المراغي، «أصول القوانين»، ص٢٢٨.
(٢) دكتور حشمت أبو ستيت، «مقدمة القانون»، ط سنة ١٩٣٥.
(٣) دكتور حسن كيرة، «المدخل إلى القانون»، ط سنة ١٩٧٤، ص٢٥٣ وما بعدها، والدكتور سمير تناغو، «النظرية العامة للقانون»، ط سنة ١٩٧٤، ص٣٦٤.
(٤) دكتور الصابوني، ودكتور خليفة بابكر، ودكتور محمود طنطاوي، «المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي»، ص٣٦٥.

اختار بعضهم تعريفه بأنه «تشريع له كل مزايا التشريع، بل إن له ميزة جمع القواعد والأحكام التي يتكون منها كل فرع من فروع القانون أو النظام في عمل تشريعي واحد يسهل الإلمام به وتداوله ويغني عن البحث في أعمال تشريعية متعددة ومتفرقة في وقت تدعو الحاجة إلى سرعة إصدار حكم في موضوع النزاع»[1].

وعلى ذلك يصح أن نعرّف تقنين الفقه الإسلامي ـ أو تقنين الشريعة الإسلامية ـ بأنه: تشريع مستمد من الأصول الشرعية والفقه الإسلامي يعالج موضوعاً واحداً في كل مجموع منه، صادر عن السلطة المختصة. فهو قانون ملزم، يتكون من عدة مواد مرقمة. والفارق بينه وبين غيره من التقنينات هو المصدر: فمصدر التقنين الشرعي أو الفقهي هو الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي دون غيرهما، بخلاف التقنينات متعددة المصادر ومنها التقنين المدني المصري ومعظم التقنينات العصرية العربية الأخرى، فهي تستمد أحكامها من مصادر متعددة قد تكون الشريعة الإسلامية أحدها، لكنها لا تقتصر عليها[2].

---

(١) الدكتور عبد الرحمن القاسم، «الإسلام وتقنين الأحكام»، الطبعة الثانية ١٩٧٧، ص١٣١ ـ ١٤٣. وقد سأل الدكتور عبد الرحمن في مقدمة كتابه مجموعة من العلماء حول رأيهم في مشروعية تقنين أحكام الشريعة وقد جاءت إجاباتهم جميعاً بالموافقة وهؤلاء العلماء هم:
١ ـ الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ.
٢ ـ الشيخ عمر بن عبد العزيز المترك.
٣ ـ الشيخ عبد العزيز بن باز.
٤ ـ الشيخ حسنين مخلوف.
٥ ـ الشيخ عبد الوهاب حافظ.
٦ ـ الأستاذ أبو الأعلى المودودي.
٧ ـ الشيخ محمد أبو زهرة.

(٢) مثال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني المصري من أنه:
«إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».
وتنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: =

٤ ـ ويقودنا البحث إلى محاولة الإجابة على سؤال ضروري هو: هل المقصود بالتقنين تقنين الفقه الإسلامي أم الشريعة الإسلامية؟ والجواب لا يأتي إلا بعد تعريف كل منهما.

١/٤ ـ أما الشريعة فهي الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسول من رسله عليهم الصلاة والسلام. والشريعة الإسلامية هي مجموعة الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسوله محمد ﷺ(١)، ولا يمكن أن يكون لها

= «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة.

فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة».

كذلك نصت المادة رقم (٢) من القانون المدني الأردني على أنه:

«١ ـ تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢ ـ فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣ ـ فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام الشريعة القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

٤ ـ ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر».

فجميع هذه المواد وإن اعتبرت الشريعة أحد مصادر القانون إلا أنها:

١ ـ اختلفت في ترتيب وضعها بين المصادر الأخرى.

٢ ـ لم تقتصر عليها وحدها.

٣ ـ اختلفت في ما يرجع إليه من مذاهب الشريعة.

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: دكتور عبد المجيد مطلوب، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وتاريخه»، ط سنة ١٩٨٧، المقدمة.

والدكتور يوسف القرضاوي، «مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، ط سنة ١٩٩٣، الأولى، ص٩ ـ ١٠.

مصدر سوى الوحي؛ ولما كان الوحي الذي تنزل على محمد ﷺ منه ما جاء باللفظ والمعنى، وهو القرآن الكريم، ومنه ما كان بالمعنى وصاغه الرسول ﷺ بلفظ من عنده، وهو السنة، فإن مصدر الشريعة ينحصر في الوحي بنوعيه[١].

٤/ ٢ ـ وأما الفقه «فهو مجموعة الأحكام التي تنزل بها الوحي صراحة والتي استنبطها المجتهدون، وما خرجه المقلدون على قواعد أئمتهم وأصولهم. أو هو مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الإسلام سواء أكانت شرعيتها بنص صريح من القرآن والسنة أم بالإجماع أم باستنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة للشريعة الإسلامية»[٢].

٤/ ٣ ـ وبالمعاني السابقة يصبح تقنين الفقه الإسلامي المقصود في هذه الرسالة مستفيداً من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي معاً، فأحدهما يكمل الآخر؛ فلأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص فالشريعة مصدر أساسي للتقنين، ولأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان فإن الاستفادة من تراثنا الفقهي الخصب والإضافة إليه بمجهود الفقهاء يكون هو المصدر الثاني للتقنين بعد الشريعة، والاجتهاد هو المجال الواسع لإيجاد حكم للحوادث مما لم يرد له ما يناسبه في الفقه أو في الكتاب والسنة وهو لا شك آلة التقنين التي لا غنى له عنها.

٥ ـ إذا ما توصلنا إلى أن التقنين يكون من الشريعة والفقه معاً فأي فقه إذاً؟ ومن أي المذاهب نستمد أصولاً نجتهد عليها لما ليس فيه حكم شرعي؟ ثم أي رأي في المذهب الواحد نتبع؟

حسمت القوانين الحديثة التي اتخذت الشريعة الإسلامية مصدراً لها

---

(١) دكتور عبد المجيد مطلوب، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وتاريخه».
والدكتور شعبان محمد إسماعيل، «التشريع الإسلامي، مصادره وأطواره»، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٥، ص١٦ ـ ٧٠.

(٢) العلامة الشيخ محمد مصطفى شلبي، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي»، ط سنة ١٩٦٦، ص٢٨.
وراجع في تفصيل معنى الفقه وخصائصه ومدارسه الدكتور وهبة الزحيلي، «الفقه الإسلامي وأدلته»، الجزء الأول، دار الفكر، الطبعة الثالثة ١٩٩٦، ص١٥ ـ ٧٣.

الإجابة على هذا السؤال بنصوص صريحة فالقانون المدني الأردني نصت مذكرته الإيضاحية على أن مشروع هذا القانون اعتمد على مجموعة من المصادر كان أولها هو مجلة الأحكام العدلية ـ باعتبارها القانون الذي ظل مطبقاً حتى صدر القانون المدني ـ والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه[1]. ونصت مادته الأولى على وجوب الحكم، عند خلو القانون من نص، بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوصه، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصت مادته الأولى على أنه «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة......».

وما سارت عليه هذه القوانين له أصل في اجتهادات الفقهاء وآرائهم، وهو مؤيد بما يراه أغلب الفقهاء المعاصرون؛ من ذلك ما كتبه الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه المدخل لدراسة الشريعة من أنه يجب: «ألا يلتزم التقنين مذهباً واحداً معيناً، فضلاً عن الراجح فيه، لا يخرج عنه، ففي ذلك تحجير لما وسع الله في شرعه وتضييق دائرة الفقه الرحبة. فقد علم الدارسون لهذا الفقه أن من مزاياه وأسرار خصوبته وسعته هذه الثروة الفقهية الضخمة الناشئة من تعدد الاجتهادات وتنوع المدارس والمشارب الفقهية، ما بين موسع ومضيق ومتوسط وما بين ظاهري يتبع حرفية النص، وآخر يتبع الفحوى ويستخدم القياس وثالث يراعي المصالح والمقاصد، وفي هذا البحر الزخار من مذاهب علماء الأمصار يجد من يريد الاختيار والانتقاء متسعاً أي متسع. فإذا ضاق عنه مذهب اتسع له غيره... وقد لا يجد واضع القانون ضالته في المذاهب

(١) انظر في تفصيل ذلك «المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني»، ص١٦.
و«المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي»، ص١٠، مقدمة وزير العدل.

الأربعة، فيلجأ إلى غيرها من مذاهب الأئمة المجتهدين، متى صحت نسبتها إليهم ولا أقصد بقية المذاهب الثمانية فحسب (الظاهري والزيدي والجعفري والإباضي) بل أقصد معها مذاهب الصحابة والتابعين وأتباعهم ممن ليس لهم أتباع يقلدونهم في عصرنا... فمن اللازم المفروض علينا أن ننتفع بهذه الثروة كلها، ونكشف عن دفائنها، غير متعصبين لقول منه على قول إلا بدليل، ولا مرجحين لمذهب في مسألة على مذهب إلا بمرجح وبرهان»[1]، فالاختيار المبني على تتبع سلامة وصحة الدليل هو الأساس الصحيح المقبول عند العلماء لأي تقنين مستمد من الشريعة الإسلامية.

٦ ـ والدعوة إلى التخير من المذاهب المختلفة ليست جديدة بل هي ضاربة في القدم منذ بدايات تقنين أحكام الأحوال الشخصية في مصر وغيرها؛ فيذكر الشيخ أحمد إبراهيم بك في كتابه الشهير أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون كون المحكومين بقانون أو اللائحة الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ ضجّوا بها بعد فترة من الزمان لتقيدها الشديد بمذهب أبي حنيفة النعمان بل وطالبوا أن يحكم في كثير من المسائل بغير مذهبه لرفع الضيق والحرج والعنت عن الناس، مثال ذلك قول ذلك القانون بعدم جواز التفريق بين الزوجين لعيب بالزوج لا تطيقه الزوجة ولا تقبل بعشرة زوجها وهو به، وكذلك بعدم جواز التفريق بين المرأة وزوجها الغائب عنها حتى تصل سنه التسعين، وغير ذلك من المسائل كثير، مما دفع الفقهاء والعلماء للمطالبة بتطبيق التخير من المذاهب للتوسعة على المسلمين والتفريج عنهم، ولمسايرة ظروف العصر وأحواله، وقد ظلت هذه الدعوات حية حتى قام المشرع المصري عام ١٩٢٩ بإصدار المرسوم بقانون رقم ٢٥ الذي أخذ فيه ببعض أحكام المذاهب الأربعة وغيرها وذلك بعد أن كان في عام ١٩٢٠ أصدر القانون رقم ٢٥ الذي خرج عن المذهب الحنفي في كثير من أحكامه ليكسر

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي، «مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣، ص٢٦٩.

وانظر أيضاً: العلامة الشيخ علي الخفيف، «أسباب اختلاف الفقهاء»، سنة ١٩٥٦، المقدمة.

حدة الجمود والتقيد التي قاست منها الأمة بأسرها»[1]. وفي ذات المعنى قال المرحوم الشيخ محمد مصطفى المراغي في افتتاحه لأعمال اللجنة التي نيط بها وضع قانون الأحوال الشخصية الجديد ما نصه «... حددت وزارة الحقانية في مذكرتها التي استصدرت بها تأليف هذه اللجنة مهمتها وبينت الدواعي التي دعت إلى تأليفها وقد منحت الحرية لهذه اللجنة في تخير الأحكام من مذاهب فقهاء الإسلام، وقد يظن أن في هذا العمل ابتداعاً وأن سلف هذه الأمة لم يعملوا مثله. وأنا أدفع لكم هذا الظن بما أطلعكم عليه مما هو مذكور في كتاب الولاة والقضاة فقد جاء في مواضع متفرقة ما يأتي:

وكان أبو عبيد يذهب مذهب أبي ثور ثم يختار فجميع أحكامه بمصر باختياره. وحكم بما لو حكم به غيره ما سكتوا عنه فلم ينكر عليه أحد، لأن أبا عبيد لا مطعن عليه في علم ولا تلحقه تهمة في رشوة ولا يحيف في حكم، وهو آخر قاضٍ ركب إليه الأمراء في مصر. وكتبت في مصر ألفاظه وجمعت توقيعاته وكانت محشوة فقهاً وبلاغة. قال الطحاوي: وكان أبو عبيد يذاكرني بالمسائل فأجبته يوماً فقال لي: «ما هذا رأي أبي حنيفة» فقلت له: «أو كل ما قاله أبو حنيفة نقول به؟» قال: «ظننتك مقلداً». فقلت: «وهل يقلد إلا عصبي؟» فقال: «أو غبي»، وطارت هذه الكلمة في مصر حتى صارت مثلاً، وأبو عبيد هذا هو القاضي علي بن الحسن بن حرب ولي القضاء بمصر سنة ٢٩٢هـ وصرف عنه سنة ٣١١هـ... وفي كتب الفقه الإسلامي من الآراء والمذاهب ما فيه شفاء للناس...»[2]؛ وفي الخطاب السابق للشيخ المراغي ما يؤكد أن من الرحمة بهذه الأمة تخير مشرعيها من المذاهب المختلفة لاختلاف الحوادث وتعددها بما يستحيل معه الالتزام بآراء مذهب واحد دون غيره؛ ولعل من

---

(١) لمزيد من التفاصيل في تطور قوانين الأحوال الشخصية، انظر: الدكتور محمد كمال إمام، «منهجية التقنين».

(٢) الدكتور يوسف موسى، «أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي»، ط سنة ١٩٥٦، ص٣٠ وما قبلها.

وأحمد إبراهيم بك والمستشار علاء الدين إبراهيم، «أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون»، ط الأولى سنة ١٩٩٤، المقدمة.

العوامل التي ساهمت في استبعاد مجلة الأحكام العدلية من مجال التطبيق في مصر اعتمادها شبه المطلق - كما سيأتي بيانه - على الراجح في المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب الإسلامية الأخرى.

وعلى هذا فالدعوة المتبناة في هذه الرسالة هي إلزام أي تقنين للشريعة الإسلامية باتباع الدليل أينما وجد وحيثما ظهر في إطار المذاهب الإسلامية جميعها دون التقيد بواحد أو بمجموعة دون الأخرى.

وسوف يكون البحث والتنقيب في سبيل ذلك في المذاهب المختلفة مصدر قوة لحركة التقنين وإحياء المنهج الاجتهادي الذي وضعت قواعده الشريعة بما كفل لفقهها المرونة والسعة والقدرة على التطور، والنظر المتجدد في هذا الفقه لصنع القوانين كفيل بعدم بقائه حبيس قوالب جامدة تعبر عن أحداث وعهود ولت، وهذا النظر نفسه هو الذي يمنح الفقه القدرة على النمو الدائم بإيجاد أحكام شرعية لما يجد من أحداث وأحوال ووقائع في حياتنا المعاصرة. وفي ذات المعنى يقول الشيخ الإمام محمد عبده: إنه «لن يستطيع شعب إسلامي أن يتحمل أثقال تقليد المقلدين لمذهب واحد، ولا أن يجعلوا مصالحهم الزوجية والمنزلية منوطة بفهمهم لكتب مذهب واحد في عسره ويسره»[1].

وسوف يأتي تفصيل مواقف الفقهاء من منهج التخير في موضعه في هذه الرسالة[2].

٧ - ظهور التقنينات الحديثة في أوروبا[3]:

يطلق اصطلاح تقنين على كثير من المجموعات القانونية التي ظهرت في

---

(١) مجلة المنار، سنة ١٣٤٥هـ، ص٣ عن الدكتور صبحي محمصاني، «في الأوضاع الشرعية في البلاد العربية ماضيها وحاضرها»، ص١٣٩.

(٢) في تفصيل معارضة المذهبين للأخذ من مختلف المذاهب الإسلامية في مسائل وقوانين الأحوال الشخصية، انظر: الدكتور محمد كمال إمام، «في منهجية التقنين بين النظرية والتطبيق»، القاهرة سنة ١٩٩٥.

(٣) لمزيد من التفاصيل في تاريخ التقنين ونشأته،انظر:

Rene David, English Law and French Law, University of Callcutta, 1980 , P 17 - 26.

العصور القديمة، منها مجموعات أورنمو وبلالاما ولبت عشتار والسومارية، وأشهرها على الإطلاق قوانين حامورابي والمجموعات الآشورية والحبشية، ويرى بعض القانونيين أن لفظ تقنين يطلق على هذه المجموعات من قبيل التجاوز فينظرون إليها باعتبارها عملاً فقهياً أقرب إلى التجميع منها إلى التقنين بمفهومه الذي اصطلح عليه في العصر الحديث، ثم ظهرت في عصور تالية، في ظل سيادة الدولة الرومانية تقنينات أقرب إلى ما هو معروف الآن من تلك السالفة، منها الألواح الاثنا عشر، ومجموعة الإمبراطور جوستنيان وهي مجموعة من ثلاثة كتب: الأول: في تفاصيل القانون الروماني والثاني: مختصر له والثالث: مجموعة الدكرتيات والأوامر الإمبراطورية. ومع تطور التشريع وتقدمه بتقدم الشعوب وتعقد أساليب حياتها كانت أسبق الدول أخذاً بالشكل والمنهج المعروفين حالياً للتقنين هي فرنسا في عهد نابليون، الذي وحد قوانينها المدنية المختلفة بإصداره المجموعة المدنية الأولى في تاريخها والمعروفة بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤م.

وقد هوجم دعاة التقنين وهوجمت التقنينات بشدة باعتبارها حجر عثرة في طريق النمو والتطور الذاتي للقوانين تبعاً لتغير أنماط الحياة وظروفها، ورغم ذلك فقد استمرت حركة التقنين تمضي قدماً، دافعها الأساسي ـ لا سيما في أوروبا ـ العوامل الآتية(١):

٧/ ١ ـ الحالة غير المستقرة للنظام القانوني والقضائي، فقد كانت الجامعات والمعاهد العلمية في أغلب أنحاء أوروبا تدرس القانون الروماني بجميع تفاصيله، والممارسة تحكمها قواعد تختلف من قطر إلى آخر ومن منطقة إقطاعية إلى أخرى وفقاً لاختلاف الأعراف والثقافات.

٧/ ٢ ـ الانفصال بين ما يدرس، وما يطبق، وبين ما يمارس عملاً، على طبيعة القواعد القانونية امتد ليشمل أموراً عدة، فقد اقتصرت الدراسة في كثير من المعاهد القانونية على اللغة اللاتينية لأنها لغة القانون الروماني المكتوبة،

---

(١) انظر لمزيد من التفاصيل عن أسباب نشأة التقنينات في أوروبا قبل إنجلترا.

Edward Jenks, A Short History of English Law, First ed, 1934, P38.

وتعددت الأحكام بتعدد المحاكم في الدولة الواحدة، وبتعدد المناطق، ففي شمال فرنسا وحدها وجد أكثر من ١٠٠ قانون عرفي مختلف.

٧/ ٣ ـ محاولة الحد من سلطة الفرد، إذ كان كثير من القضاة يتبعون الأمير أو الإقطاعي، ويأتمرون بأمره، ويخضعون لسلطته، مما أبعد القضاء عن الحيدة والعدالة، فكان لزاماً وجود قواعد عامة تمثل مرجعية واحدة للجميع وتطبق على الجميع بمساواة ودون تمييز.

٧/ ٤ ـ اخفاق كل المحاولات التي سبقت التقنينات لتوحيد القوانين، فقد تدرجت وتنوعت تلك المحاولات، فمن محاولة توحيد الأعراف المختلفة عند درجة قضائية معينة إلى محاولات إلغاء العمل ببعض الأعراف أو دمجها معاً،إلا أن عدم نجاح أي منها جعل السلطات السياسية تعمل على توحيد هذه القوانين المختلفة بالقوة فكان تقنين نابليون سالف الذكر.

٧/ ٥ ـ بدأت فرنسا وهي في أوج مجد ثورتها حركة التقنين في أوروبا، لموقف تلك الثورة السلبي من السلطة القضائية، الذي دعا رجالها إلى الميل في تقرير العقوبات إلى العقوبة ذات الحد الواحد شكاً في نزاهة التنفيذ والتطبيق القضائي للعقوبات المتنوعة أو ذات الحدين وسلباً لسلطة القاضي التقديرية، حيث كان أغلب القضاة من النبلاء الذين جاءت الثورة لإنهاء عهدهم[١]. والواقع أن ظهور التقنينات لم يشمل في بدايته جميع فروع القانون، وإنما قننت القوانين الأساسية كالقانون المدني وتركت فروع أخرى غير مقننة، بل وتباعدت الفترة الزمنية من تقنين إلى تقنين ومن دولة إلى دولة، فإذا كان تقنين نابليون أول تقنين مدني أوروبي صادراً عام ١٨٠٤م، فإن آخر تقنين مدني صدر في أوروبا هو قانون اليونان المدني الصادر عام ١٩٤٠م، وقبله القانون المدني السويسري عام ١٩٠٧، وقبلهما القانون الألماني عام ١٨٩٦م[٢].

---

(١) لفتني إلى هذه الحقيقة الأستاذ الدكتور محمد كمال إمام في أثناء مناقشاتي معه.

(٢) هوجمت التقنينات في أوروبا بضراوة من أتباع المدرسة التاريخية، باعتبارها حجر عثرة في طريق النمو والتطور الذاتي للقوانين، ورغم كون ألمانيا هي معقل المدرسة التاريخية إلا أن حركة التقنين بدأت فيها عام ١٨٨٧م بصدور مجموعات قوانين صغيرة مقننة، ثم كان صدور التقنين المدني الألماني عام ١٨٩٦ بعد إعداد استغرق قرابة =

وقد ظلت كثير من التقنينات ـ حتى اليوم ـ مجرد قواعد قانونية عامة تترك الإحاطة بتفاصيلها وتطبيقاتها لقرارات وزارية أو لوائح داخلية.

٨ ـ وقد تغيرت الحياة القانونية والقضائية بالاعتماد على التقنينات وتخطي أو تجاوز منهج اجتهاد الأفراد بوضع إرادتهم وآرائهم قيد أطر قانونية معينة وإجراءات محددة تكفل الإشراف على التطبيق السليم للعدالة بما يضمن للمجتمعات الاستقرار. وانحسر بالتالي دور القاضي الفرد المجتهد، واختلف تبعاً لذلك إعداد رجل القانون عما كان عليه الحال في ظل نظام قانوني بلا تقنينات[١].

٩ ـ مراحل تشريعية متعاقبة في البلاد الإسلامية والعربية:

أما عن الدول العربية والإسلامية فقد مرت بمراحل تشريعية عديدة نعرض لها بإيجاز باعتبار ذلك تمهيداً لازماً لموضوع الرسالة[٢].

١/٩ ـ تبدأ المراحل التشريعية للدولة الإسلامية ببعثة الرسول ﷺ حيث كان التشريع هو الوحي المنزل، وكان الرسول عليه الصلاة والسلام هو المشرع

= الثلاثين عاماً ليبدأ تطبيقه في ١ يناير ١٩٠٠م.
لمزيد من التفاصيل انظر...
Sir William Pale, Legislative Drafting, A New approach, Butterworths, London 1977.

(١) وكتب واضعو مجلة الأحكام العدلية في مقدمتها فيما يتعلق بهذا الأمر قائلين: «... وإذا قيل لأعضاء محاكم التجارة أن يراجعوا الكتب الفقهية فهذا أيضاً لا يمكن لأن هؤلاء الأعضاء على حد سواء مع أعضاء مجالس تمييز الحقوق في الاطلاع على المسائل الفقهية، ولا يخفى أن علم الفقه بحر لا ساحل له واستنباط دور المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية وعدم توفر هذه المهارة العلمية والملكة الكلية والعلم الواسع بعلم الفقه الشرعي لدى القضاة في ذلك الوقت كان من أهم الدوافع لوضع مجلة الأحكام العدلية بما يربط القاضي العصري بتراثه الشرعي الغني فيسهل معه تطبيق القواعد الشرعية.

(٢) لتفصيل هذه المراحل التشريعية المختلفة انظر: المستشار عبد الحليم الجندي، «نحو تقنين جديد لفقه المعاملات والعقوبات من الفقه الإسلامي»، ط سنة ١٩٧٣.
دكتور محمد سلام مدكور، «القضاء في الإسلام»، ط الأولى سنة ١٩٦٤.
دكتور صبحي محمصاني، «فلسفة التشريع في الإسلام»، ط الثانية سنة ١٩٥٢.

الوحيد وصاحب سلطة القضاء الذي بيده حسم القضايا المختلفة والحكم في القضايا المستجدة. وقد نص القرآن الكريم على ذلك صراحة في مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾ [النساء]. وقوله سبحانه: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا . . .﴾ [المائدة: ٤٨].

٩/٢ ـ بعد وفاته ﷺ كان عصر الخلافة الراشدة التي مارس فيها الصحابة رضوان الله عليهم القضاء والإفتاء وحملوا رسالة تعليم الناس أمور دينهم، ولقرب العهد بحياة رسول الله ﷺ وسهولة معرفة الأدلة لم تظهر المذاهب المختلفة وإنما كانت الآراء والفتاوى عن طريق الاجتهاد أحد المصادر المهمة للتشريع بعد القرآن والسنة وكان الصحابة رضوان الله عليهم يعتمدون الشورى والتباحث فيما بينهم للوصول إلى حكم في المسألة ولذلك أمكن تحقق الإجماع في عصر الخلافة الراشدة، كما في واقعة حرب المرتدين عندما اعترض عمر بن الخطاب على حربهم ثم نزل عند رأي أبي بكر الصديق بعد أن رأى صدره قد شرح لحربهم واستقر رأيه مع بقية الصحابة على حربهم.

وكانوا لا يفتون إلا في حالة وقوع الحوادث، فلم يكن قد نشأ فقه التوقع أو «الأرئيتيين»، وقد انتهى ذلك العصر أو الحقبة التشريعية مع نهاية عهد الخلافة الأموية بظهور المذاهب الفقهية المختلفة.

٩/٣ ـ ظهرت المذاهب الفقهية في أواخر العهد الأموي ومع ظهورها أصبح لكل مذهب أتباعه، وكان المشرع إما الفقيه وإما القاضي الذي يقره الخليفة ولي الأمر.

وقد كانت للفقه مدرسته وللقضاء مدرسته وإن كانت كل من المدرستين في خدمة الأخرى، وكان القضاة غير مقيدين بمذهب واحد في قضائهم فكان ذلك عصر القضاة المجتهدين مطلقاً. واستمر الحال على هذا المنوال حتى ولى الخليفة هارون الرشيد القضاء لأبي يوسف صاحب وتلميذ أبي حنيفة وكان ذلك في منصب جديد على الحياة القانونية الفقهية في الدولة الإسلامية، وهو منصب

«قاضي القضاة» مما كان له أبعد الأثر في توحيد عمل القضاة بمذهب أبي حنيفة لفترة طويلة[1].

وكان توالي أصحاب المذاهب المختلفة على هذا المنصب مؤدياً إلى التغير في مذاهب القضاة، فقد كان قاضي القضاة يولي عادة، أتباع مذهبه.

وتطورت الأمور في البلاد الإسلامية ليصبح من القضاة ـ كما هو من الفقهاء ـ مجتهد مطلق، أو مجتهد في المذهب، فمقلد، وغيرها من الأوصاف التي كانت تتوقف على مصادر القاضي التي يعتمد عليها في أحكامه وعلى مدى اتساع ثقافته الفقهية وقوة ملكته التي تمكنه من الاستنباط أو تجعله أقرب إلى التقليد.

٤/٩ ـ وبقي الحال كما هو بلا مصادر مكتوبة توحد القضاء والممارسة القانونية ـ رغم الدعوة لذلك كما سنذكر لاحقاً ـ حتى قامت الدولة العثمانية وغيرت من شكل التشريع وطبيعته في البلاد الإسلامية وكان ذلك بالآتي:

أولاً: تبنيها المذهب الحنفي مذهباً رسمياً ومصدراً أوحداً للتشريع في أقطار الدولة المختلفة.

ثانياً: نتيجة لاحتكاك الدولة العثمانية بالدول الغربية سواء بالتجارة أو بالفتوحات صدرت فيها قوانين وتقنينات مختلفة أهمها «القانون الجنائي» الصادر في عهد السلطان محمد الفاتح حوالي عام ١٤٨٨. وتتابعت القوانين حتى كان عهد السلطان سليمان القانوني الذي أصدر مجموعة قوانين نامه وهي المجموعة المنظمة لملكية الأراضي لغير المسلمين.

. **ثالثاً**: أهم وأخطر ما قامت به الدولة العثمانية أنه من خلال ما سمي (System of Capitulations) أي نظام الامتيازات الأجنبية دخلت تشريعات منبتة الصلة بالشريعة الإسلامية إلى البلاد العربية، وكان لذلك نتائج عدة هي[2]:

---

(١) انظر لمزيد من التفاصيل عن منصب قاضي القضاة وأثره في الحياة القانونية في العصر العباسي: عصام شبارو، «قاضي القضاة في الإسلام»، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٢.

(٢) في كيفية تسلل الامتيازات الأجنبية إلى النسيج القانوني العثماني، انظر: محاضرة =

١ ـ تعرفت المؤسسات القضائية في الدولة العثمانية على الشكل الغربي الحديث لصياغة القوانين وترتيبها.

٢ ـ حدث نوع من الألفة بين العاملين في الحقل القانوني وأحكام وقواعد ولغة الفقه والقانون الغربي.

٣ ـ مهدت لاستيراد القوانين الغربية بدلاً من العمل على تطوير كتب الفقه الإسلامي وإيجاد تقنينات حديثة مستمدة منه.

وكان أن صدرت مجموعة قوانين منسوخة نسخاً من مثيلاتها الغربية أهمها:

أ ـ قانون التجارة الصادر عام ١٨٥٠م ترجمة حرفية لنظيره الفرنسي. وهو القانون الذي طبق في كثير من الدول العربية ومنها العراق والأردن حتى صدور قوانينها الوطنية الخاصة بتنظيم التجارة في منتصف القرن العشرين بعد استقلالها.

ب ـ قانون العقوبات الصادر عام ١٨٥٨م مترجماً عن نظيره الفرنسي.

جـ ـ قانون التجارة البحرية الصادر عام ١٨٦٣م مترجماً عن ـ أيضاً ـ نظيره الفرنسي.

وبعد هذا النسخ من القوانين الغربية تعالت الأصوات مطالبة باتخاذ قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية، خوفاً من السيطرة والتسلل الغربي إلى مؤسسات الدولة المختلفة وحفاظاً على الهوية الإسلامية لدولة الخلافة.

= الدكتور محمد بهي الدين بركات بك التي ألقاها في قاعة يورث التذكارية بتاريخ ٧ فبراير ١٩٣٦. وقد أوضح الدكتور بركات في محاضرته الاختلاف في قوة، ونفوذ، ومساحة الامتيازات الأجنبية بين مصر التي استقلت تشريعياً عن الدولة العثمانية سنة ١٨٧٣ والدولة العثمانية ذاتها.

أيضاً انظر: فريدريك م. كودبي، «القانون الدولي والمللي الخاص في فلسطين والشرق الأردني»، ترجمة حسن صدقي الدجاني والعباسي صلاح الدين، سنة ١٩٣١ ط الأولى، مطبعة بيت المقدس.

فكان صدور مجلة الأحكام العدلية عام ١٨٧٠ ثم اكتمالها عام ١٨٧٨[1].

٩/ ٥ ـ ومع سقوط الدولة العثمانية ووقوع البلاد العربية تحت الاحتلال أخذ المحتل يغير من قوانينها، وأكبر مثال على ذلك ما حدث في بلاد المغرب العربي إذ استورد كل قوانينها من فرنسا ولم يكتفِ بهذا وإنما كتبها باللغة الفرنسية أيضاً.

١٠ ـ الاستقلال وما صاحبه من تطورات تشريعية في البلاد العربية:

ثم نتج عن حركات استقلال الدول العربية التي بدأت في الأربعينيات من هذا القرن النظر في الموروثات القانونية بنقدها وتقويمها ثم تعديلها في مختلف البلاد العربية على النحو الآتي:

١٠/ ١ ـ تصدت بعض الدول لموروثاتها القانونية بالإلغاء الكامل لها واستبدلت بها قوانين غربية الأصل منبتة الصلة بحضارة تلك البلاد وثقافاتها المتأصلة عبر قرون من التطبيق.

١٠/ ٢ ـ ففي لبنان صدر قانون الموجبات والعقود المنقول عن نظيره الفرنسي ليحل مع قانون الملكية الصادر بقرار رقم ٣٣٣٩ في ١٢ تشرين الثاني سنة١٩٣٠ محل مجلة الأحكام العدلية التي كانت تحكم العلاقات المدنية في لبنان.

١٠/ ٣ ـ نهجت تونس كذلك نهج لبنان فاستبدلت بالقانون المدني والتجاري التونسي الصادر عام ١٩٠٦م والذي وضعه المستشرق الكبير سانتيلانا

---

(١) أثر التغريب والامتيازات الأجنبية على تشريعات الدولة العثمانية تنوول تفصيلاً في كتاب:

N.J. Coulson, A History of Islamic Law ,Edinburgh , the University Press 1994, 7th Edition P 149-225.

أيضاً لمزيد من التفاصيل راجع:

J.n.d Anderson, Islamic Law in the Modern World, Oxford Uni, Press, 1957.

وانظر أيضاً:

Joseph Schacht, Introduction to Islamic Law, Oxford 1964, p.92.

على أسس المذهب المالكي قانوناً مدنياً جديداً مستمداً من نظيره الفرنسي[(١)].

١٠/٤ ـ تصدت بعض الدول لموروثاتها القانونية بالتعديل فقط دون الإلغاء أو الإضافة، من هذه الدول دولة الكويت التي طبقت فيها مجلة الأحكام العدلية، وبعد الاستقلال ونتيجة لعدم تضمن المجلة لنظرية عامة للالتزامات فقد أصدرت الكويت قانوناً جديداً للتجارة عام ١٩٦١م متضمناً نظرية عامة للالتزامات وبذلك اختصت المجلة العدلية بتنظيم العقود التي تصدر بتنظيمها قوانين خاصة[(٢)]. ثم أصدرت القانون المدني الكويتي سنة ١٩٨٠.

١٠/٥ ـ أبقت بعض الدول على موروثاتها القانونية لفترة من الزمن وإن اضطرت لاحقاً لتغييرها مثال ذلك دولة الأردن التي استقلت عام ١٩٥٦ ومع ذلك ظلت مجلة الأحكام العدلية تحكم العلاقات المدنية حتى صدر القانون المدني الجديد في أوائل السبعينيات من هذا القرن عام ١٩٧٢م.

١٠/٦ ـ حاولت كثير من الدول العربية الجمع ـ تشريعياً ـ بين موروثها القانوني متمثلاً في الفقه والشريعة الإسلامية وبين الاتجاهات والمدارس التشريعية الجديدة في العالم وتبدي ذلك في مظاهر تشريعية عديدة أهمها[(٣)]:

حكمت قواعد الفقه الإسلامي وأحكامه مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين في أغلب البلاد العربية سابقاً وحالياً.

اعتبرت أغلب التقنينات المدنية الحديثة في الدول العربية الفقه الإسلامي أو الشريعة الإسلامية أحد المصادر الأساسية لها.

(في مصر المادة رقم (١) من القانون المدني).

---

(١) انظر في تفصيل دور سانتيلانا في دراسة الشريعة ووضع القانون التونسي، د. عبد الرحمن بدوي، موسوعة المستشرقين، دار العلم للملايين، ط الثالثة سنة ١٩٩٣، ص٣٤١ ـ ٣٤٤.

(٢) مما يذكر أن الكويت قد أسندت وضع قانونها المذكور إلى الأستاذ السنهوري الذي وضع أيضاً القوانين المدنية لسوريا والعراق بعد أن قام بوضع القانون المدني المصري.

(٣) انظر في تفصيل ذلك: الدكتور صبحي محمصاني، «الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها»، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، ص٤٢٩ ـ ٢٢٤.

(في الأردن المادة رقم (٢) من القانون المدني).

(في دولة الإمارات المادة رقم (١) من قانون المعاملات المدنية).

(في العراق المادة رقم (١) من القانون المدني).

الدين الإسلامي هو دين الدولة الرسمي في معظم الدساتير العربية.

اعتبرت الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً للتشريع في الدساتير العربية.

نتيجة لاختلاف الاتجاهات التشريعية بين البلاد العربية، وللنهضة الثقافية التي صاحبت محاولات التحرر من الاستعمار الأجنبي وتطورت إلى بحث عن الهوية العربية المستقلة بعد رحيله، ثم إلى حركة قومية عربية شملت معظم الأقطار العربية ظهرت دعاوى الإصلاح والتجديد وقد تمثلت في دعوتين أساسيتين:

الأولى: تمضي في اتجاه التغريب واستيراد النظم القانونية كما حدث في لبنان وغيرها.

الثانية: تتبنى اتجاه الإصلاح المبني على أسس دينية والمستمد من الشريعة منهجاً قانونياً يطور ليناسب ظروف الحياة العصرية.

١١ ـ والواقع أن الاتجاه الإصلاحي تدعم دعوته عوامل عدة أهمها:

١/١١ ـ تطبيق الشريعة مطلب تاريخي:

لم تخفت يوماً الأصوات المطالبة باعتبار الشريعة مصدراً للقوانين سواء في مصر أم في سائر الدول العربية وأدلة ذلك:

٢/١١ ـ كلف محمد علي والي مصر الشيخ محمد الجزائرلي بوضع تقنينات على النسق الفرنسي تستمد أحكامها من الشرع الحنيف، وحال ـ دون ذلك ـ انشغال محمد علي بحروبه وخلافاته مع القوى الدولية في ذلك الحين، وقد أعاد الخديوي إسماعيل عرض ذات الأمر على العلامة الشيخ رفاعة الطهطاوي الذي رفض ذلك، ويختلف في تعليل سبب رفضه، فالبعض يرى أن مبنى ذلك كان الخوف من إحداث الجديد في الشريعة بما يؤدي إليه من اتهامه بما لا يجب من قبل العلماء الآخرين، والبعض يرى أن رفضه كان مبناه

الخشية من وقوع صدام بينه وبين الخديوي إذا ما تعارضت الأحكام الشرعية مع رغباته ورغبات أشياعه من الدول الأوروبية. «وقد كتب السيد محمد رشيد رضا ما رواه له ابن رفاعة في خصوص هذه الواقعة وهذا نصه: «حدثني علي باشا رفاعة قال: حدثني والدي أن إسماعيل باشا الخديوي استحضره وقال له: يا رفاعة بك إنك أزهري تعلمت وتربيت في الأزهر، فأنت أعلم الناس بعلماء الأزهر وأقدرهم على إقناعهم بما ندبتك له، إن الإفرنج قد صار لهم حقوق ومعاملات كثيرة في هذه البلاد، وتحدث قضايا بينهم وبين الأهالي وهم يشكون إلي أنهم لا يعلمون بماذا يحكم لهم أو عليهم في هذه القضايا؟ ليراعوه ويدافعوا عن أنفسهم، لأن كتب الفقه التي يحكم بها علماؤنا معقدة وكثيرة الخلاف فاطلب من علماء الأزهر أن يضعوا كتاباً في الأحكام المدنية الشرعية مثل كتب القوانين في تفصيل موادها وعدم وجود خلاف فيها يترتب عليه اختلاف القضاة في أحكامهم، فإن لم يفعلوا فإنني أضطر إلى العمل بقانون نابليون الفرنسي» ـ أو هذا مؤداه ـ فقال علي باشا رفاعة: «أجابه والدي بقوله: يا أفندينا إنني سافرت إلى أوروبا وتعلمت فيها وخدمت الحكومة وترجمت كثيراً من الكتب الفرنسية باللغة العربية وقد شخت ووصلت إلى هذه السن ولم يطعن أحد في ديني فإذا أنا اقترحت الآن هذا الاقتراح على علماء الأزهر بأمر أفندينا، فإنني أخشى أن يقولوا: إن الشيخ رفاعة قد ارتد عن الإسلام في آخر عمره برضاه بتغيير كتب الشريعة وجعلها كالقوانين الوضعية، فأرجو أن يعفيني أفندينا من تعريض نفسي لهذا قبل موتي لئلا يقال: إنه مات كافراً، فلما يئس الخديوي منهم أمر بالعمل بالقوانين الفرنسية وتأسيس المحاكم الأهلية، ولم يبال بالعلماء ولا بغيرهم»[1].

٣/١١ ـ في عام ١٨٨٠ شكلت في مصر لجنة لوضع قوانين المحاكم الأهلية ضمت من المسلمين فردين ضمن سبعة آخرين مسيحيين مصريين وأجانب ولم تنته اللجنة من إنجاز عملها إلى أن قامت الثورة العرابية وهي ثورة

(١) انظر: محمد رشيد رضا، مقاله عن سبب العمل بالقوانين الأجنبية والفرنسية في مصر، طبعت بمصر عام ١٩٣٥ بمطبعة المنار، في ص٥٨ ـ ٥٩.

شعبية قادها أحمد عرابي وكان من أهم مطالبها وضع قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية، ومع دخول الإنجليز مصر لمقاومة العرابيين توارى هذا المطلب إلى حين[١].

٤/١١ ـ تعاقبت على مصر في ظل الاحتلال قوانين مستمدة من القانون الإيطالي تارة ومن القانون الفرنسي تارة حتى كان العام ١٩٣٨م الذي شكلت فيه لجنة من شخصين أحدهما العلامة الدكتور السنهوري لوضع مشروع للقانون المدني، وعند عرض المشروع على مجلس النواب تقدمت كوكبة من مستشاري محكمة النقض برئاسة محمد صادق فهمي باشا وكيل المحكمة بمشروع لنظرية العقد استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية ودعت في مجلس النواب إلى استمداد أحكام القانون المدني الجديد من الشرع الحنيف، وكان مصير مشروعهم الرفض ليصدر القانون المدني المصري عام ١٩٤٩م متضمناً في مادته الأولى النص على أنه: «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» ولم يكن القانون ليتضمن مثل هذا النص جاعلاً من الشريعة مصدراً ثانياً للقانون لولا الضغط الشعبي الراغب في ذلك، وجدير بالذكر أن مشروع القانون المنظم لنظرية العقد على أسس الفقه الإسلامي الذي قدمه مستشارو محكمة النقض وفقهاء الأزهر الشريف قد أفردت له مجلة المحاماة الصادرة من نقابة المحامين عدداً خاصاً لتقديمه إلى رجال القانون وإبداء الرأي فيه[٢].

(١) لمعرفة تفصيل مهمة اللجنة وظروف تشكيلها يرجع إلى الدكتور محمد سليم العوا، «في أصول النظام الجنائي الإسلامي»، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٣، ص١٨ ـ ٢١ وقد جاء في ص١٩ ما نصه: «إن الحجة التي استند إليها ناظر الحقانية حسين فخري باشا في مذكرته المؤرخة في ٢٧/١٢/٢٨ والمقدمة إلى مجلس النظار لعدم وضع قانون مطابق للشريعة الغراء هي أن «في هذا ما لا يحتاج إلى تعريف من الصعوبات بالنسبة للحالة الجارية بين الأهالي»، وليست هذه الحالة الجارية إلا وجود الاحتلال.

(٢) انظر في تفصيل مناقشات مجلس الأمة حول ذلك المشروع، «المذكرات الإيضاحية للقانون المدني»، الجزء الأول.

١٢ ـ تطبيق الشريعة وتقنين أحكامها أمر تفرضه الدساتير والقوانين.

ينص عدد من الدساتير العربية على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، أو مصدراً أساسياً له، وعندما شكلت في مصر لجنة لوضع الدستور الدائم (دستور ١٩٧١) أعلنت عن قبولها رغبات المواطنين والتجمعات الشعبية لما يجب أن يتضمنه الدستور الجديد. فكانت الرغبة الأولى ـ في ترتيب أكثرية المطالبين بها ـ هي جعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريعات. ولذلك صدر الدستور ناصاً في مادته الثانية على أن: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع»[١]. ثم عدل النص في استفتاء أجرى في ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ ليصبح «ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع».

١/١٢ ـ وقد أحدثت هذه الدعوة في مصر صدى في الدول العربية الأخرى فصدر عام ١٩٧٧م إعلان ليبيا مقرراً أن القرآن دستور البلاد وفي ذات العام صدر قرار في جمهورية السودان بمراجعة القوانين على أحكام الشريعة الإسلامية وتعديلها بما يتناسب معها.

٢/١٢ ـ ومقتضى النص الدستوري في مصر وغيرها من البلاد العربية ـ كما يقول الدكتور عبد الحميد متولي ـ «أن لا يتعارض التشريع مع الشريعة الإسلامية، فإذا كان الدستور هو أعلى مراتب التشريع فإن ذلك يستتبع عدم تعارض ما هو أدنى في السلم التشريعي فمثل هذا التعارض يوقع المشرع في حرج حقيقي إذ كيف يضع قانوناً مخالفاً للدستور ويحميه وهو في نفس الوقت واضع هذا الدستور فلابد من تلافي مثل هذه الفوضى التشريعية بإصدار التشريعات غير مخالفة للشريعة الإسلامية، ليتم التناسق في البناء التشريعي، هذا إن لم تكن مستمدة في الأصل منها»[٢].

٣/١٢ ـ وهكذا يصبح واجباً على الدول ـ طاعة لدساتيرها ـ أن تطابق

---

(١) الدكتور عبد الحميد متولي، «الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور»، الطبعة الثالثة، ص١٦.

(٢) انظر في تفاصيل ذلك: الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٣٢.

بين قوانينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية حتى لا تتيح النيل منها بدعوى كونها مشوبة بعيب مخالفة الدستور.

٤/١٢ ـ وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا، في مصر، على أن نص المادة الثانية من الدستور خطاب للمشرع يلزمه باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع. فجرى قضاؤها على أن «إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ـ بعد تعديل المادة الثانية من الدستور على نحو ما سلف ـ لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الإعمال»(١).

١٣ ـ التمييز بين التقنين وما قد يختلط به:

يختلط التقنين بأمرين هما التجميع والتنظير. وللتفريق والتمييز بين هذه الأعمال القانونية نعرف كلاً منها ثم نوضح الفروق بينها على النحو التالي: ـ

١/١٣ ـ تقنين الشريعة ـ كما أسلفنا ـ هو تشريع يتكون من عدة مواد مرقمة، صادر من السلطة التشريعية، فهو قانون ملزم يعالج موضوعاً واحداً في كل مجلد منه، والأحكام المشتمل عليها مستمدة من أصول الشريعة الإسلامية.

٢/١٣ ـ والواقع أن هذه الصورة للتقنين لم يعرفها العالم العربي إلا مع صدور مجلة الأحكام العدلية، ثم ظهر التقنين التونسي عام ١٩٠٦م مستمداً أغلب أحكامه من المذهب المالكي، ويمكن القول أن حركة التقنين المعتمدة على الفقه الإسلامي في غير مجال قوانين الأحوال الشخصية تباطأت أو توارت حتى قامت في السودان(٢) محاولات التغيير التشريعي ليصبح أساس قوانينها

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٨٩ في القضية رقم ١٥٠ لسنة ٤ ق «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص٢٤٨.

(٢) انظر في تفصيل الوضع في السودان، «نظام الأحوال الشخصية في السودان»، الصديق =

الشرع الإسلامي ثم مشاريع القوانين الليبية الجنائية[1].

١٣/٣ ـ أما التجميع فهو رصد عدة أحكام أو فتاوى في كتاب أو مجلد واحد سواء كانت مفهرسة أم مبوبة أم غير ذلك، فليس لها شكل محدد تلتزم به ولا أطر معينة تخرج في نطاقها، وعادة ما يكون التجميع وليداً لمجهودات غير رسمية أو فردية غير ملزمة، فهو عادة مجهود غير منظم من قبل الدولة. وأمثلة ذلك كثيرة تأتي على رأسها مجموعات الفتاوى الشهيرة في الفقه، كالفتاوى الهندية والفتاوى المهدية وغيرهما[2]. كذلك كتب أخبار القضاة المتضمنة لذكر القضاة وسيرهم وأهم القضايا التي عالجوها، وهي في نسقها تشبه مجاميع أحكام المحاكم التي تصدر اليوم عن الجهات القضائية؛ ومن أشهرها أخبار القضاة لوكيع ويقع في ثلاث مجلدات تضم أخبار قضاة عصره. ورفع الإصر عن قضاة مصر للحافظ ابن حجر تناول فيه ذكر من ولي القضاء في مصر من الفتح الإسلامي إلى القرن الثامن الهجري.

١٣/٤ ـ وهناك المؤلفات التي ضمت مجهودات فردية للعلماء في وضع

= محمد الأمين الضرير، طبعة سنة ١٩٦٨م، معهد البحوث والدراسات العربية.
وانظر أيضاً: «أوجه الإصلاح الحديث في السودان»، هنري أندرسون، ترجمة هنري رياض، دار الجيل ببيروت.

(١) «استقلت ليبيا منذ أول يناير ١٩٥٦م وفي عجلة غير معهودة ولكنها طبيعية صدرت جميع مجموعات القوانين المدنية والتجارية والمرافعات والعقوبات والإجراءات الجنائية في نفس العام». راجع في ذلك: الدكتور محمد عبد الجواد، «بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون»، منشأة المعارف سنة ١٩٧٧م، ص٤٤ ـ ٤٥.
وعن الوضع في ليبيا انظر لنفس المؤلف: «ملكية الأراضي في ليبيا»، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم، ط الأولى ١٩٧٤م.

(٢) وتسمى الفتاوى الهندية بالفتاوى العالمكرية، نسبة إلى ملك هندي لقب باسم عالمكير، أوكل هذا الملك لزمرة من العلماء على رأسهم الشيخ نظام الدين مهمة جمع الأقوال الصحيحة في المذهب في مجلد وهو ما أصبح ـ بعد انجازه ـ يعرف باسم الفتاوى الهندية. أما الفتاوى المهدية فنسبة لمؤلفها الشيخ المهدي العباسي، وأغلب هذه الفتاوى على هيئة أسئلة وإجابات. انظر في أهميتها ودورها في تاريخ التشريع الإسلامي: الشيخ محمد مصطفى شلبي، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه»، ط سنة ١٩٦٦، ص١٣٣ ـ ١٣٦.

ما يشبه التقنينات وأشهرها على الإطلاق مجموعة الفقيه المصري (قدري باشا) الذي وضع مجموعة من ثلاثة كتب مستمداً أحكامها من المذهب الحنفي على غرار منهج الأحكام العدلية، وهي على التوالي:

كتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، وحوى ٩٤١ مادة وهو خاص بالمعاملات.

كتاب العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف، ويعالج أحكام الأوقاف ويقع في ٦٤٦ مادة.

كتاب الهبة والحجر والإيصاء والوصية والميراث وهو خاص بأمور الأحوال الشخصية وحوى ٦٤٧ مادة.

ومن أهم الأعمال التي جرت على هذا النسق أيضاً تخريج قدري باشا للقوانين الأهلية على المذهب الحنفي، وتخريج مخلوف المنياوي لذات القوانين على المذهب المالكي. وقد خصصنا بالذكر كتب الفتاوى وكتب أخبار القضاة ثم الجهود الفردية، لكون هذه الأنواع الثلاثة أوضح الأمثلة على معنى التجميع المقصود.

١٣/٥ ـ وقد جرت محاولات ضاربة في القدم للتجميع، يخلط بينها وبين التقنين وصل إلى علمنا منها محاولتان مهمتان هما:

أولاً: ـ رسالة ابن المقفع[1]:

كتب ابن المقفع إلى الخليفة أبي جعفر المنصور مطالباً إياه بوضع كتاب

(١) كتب الدكتور صلاح الدين الناهي تعليقاً على نص رسالة ابن المقفع للخليفة العباسي قائلاً: «في النص المذكور نجد ابن المقفع يقترح على الخليفة أبي جعفر المنصور أن يمارس سلطة تشريعية معينة ضمن حدود الشرع الإسلامي... وهي لا تعدو ما يسمى في الفقه بتخصيص القضاء، وهذا معناه أن هذا التشريع يتناول المسألة من ناحية الشكل والتنظيم القضائي لا من ناحية الموضوع، فهو يختلف بذلك عن التشريع المبني على تخير الحلول، فهل قصد ابن المقفع هذه التفرقة وجعل قوة الكتاب الجامع قاصرة على تخصيص القضاء بالعمل بالأقوال التي يختارها الخليفة ويمضي رأيه فيها؟ بحيث تعتبر الأقوال المخالفة لها غير منسوخة بحد ذاتها وإن منع العمل به؟». =

جامع للفقه في رسالة الصحابة وكان ذلك في القرن الثاني الهجري بعد أن لاحظ الفوضى التي سادت الأحكام بأن تعارضت تبعاً لمذاهب أصحابها، فكتب قائلاً: «ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين القطرين وغيرهما من الأمصار والنواحي اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال فيستحل الدم والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة فيستحل في ناحية ما يحرم في ناحية أخرى، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم ينظر في ذلك أمير المؤمنين ويقضي في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم عليه عزماً وينهى عن القضاء بخلافه، ويكتب بذلك كتاباً جامعاً». ولم يكتب لدعوة ابن المقفع الخروج للحياة لأسباب لا نعرفها، وكان الهدف منها كما هو واضح وضع كتاب واحد يعد مرجعاً لجميع القضاة فيما يعرض لهم من قضايا بوضع اجتهاد ملزم للجميع لا يكون من حقهم الخروج عليه في محاولة للحد من تضارب الأحكام.

ثانياً: واقعة الإمام مالك مع هارون الرشيد[1]:

عرض الخليفة العباسي هارون الرشيد على الإمام مالك وضع كتاب

= والواقع أن تساؤل الدكتور الناهي الذي لم يجب عليه غريب مع وضوح نص الرسالة فابن المقفع لم يشر كلامه لا من قريب ولا من بعيد إلى تخصيص القضاء لا من الناحية الموضوعية أو المكانية أو الزمانية أو النوعية وإنما صريح عبارته يدعو إلى إلزام القضاء بالنظر في مجموعة واحدة من الآراء والحلول الفقهية والتخير منها والحكم على أساسها فيما يعرض لهم من قضايا مما ينتفي معه ما هو واقع في ذلك الزمن من تضارب الأحكام وتباينها تبايناً شديداً.

لمزيد من التفاصيل انظر: الدكتور صلاح الدين الناهي، «نصوص قانونية وشرعية»، سلسلة دراسات إسلامية، الطبعة الأولى، بغداد سنة ١٩٦٩، ص١٢ ـ ٢٣.

(١) في تفصيل هذه الواقعة انظر: د. عبد الرحمن القاسم، «الإسلام وتقنين الأحكام»، ص١٣١ ـ ١٤٣.

وقد كتب العلامة الشيخ محمد مصطفى شلبي في كتابه، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه»، ما نصه: «لما حج المنصور قال لمالك عزمت =

جامع تختار أحكامه من أصول الشريعة مع مراعاة تحري التيسير واليسر. وقال مخاطباً الإمام مالك ﷺ: «يا أبا عبد الله ضع الفقه، ودون منه كتباً وتجنب شدائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس وشوارد عبد الله بن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة لنحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك ونبثها في الأمصار ونعهد إليهم ألا يخالفوها». وقد رفض الإمام مالك ذلك، معتبراً أن لكل فرقة إمامها ومذهبها ورد قائلاً: «إن أصحاب رسول الله ﷺ اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان وكل مصيب». وبقيت بذلك الأوضاع القانونية والقضائية على ما هي عليه ولم يكتب لدعوة الخليفة العباسي الخروج لحيز التنفيذ. ويرجع البعض رفض الإمام مالك لهذا الأمر إلى خشيته من حمل الناس على رأيه وحده، أو إحداث جديد في الدين ليس منه بحمل الناس على حكم واحد، مما يدفعهم للتقاعس عن الاجتهاد الذي هو أداة التطور في الصناعة الفقهية.

وهاتان المحاولتان هما محاولتا تجميع لا تقنين وربما لو خرجتا إلى النور لنجم عنهما تطور التقنين في البلاد العربية[1].

= أن آمر بكتبك هذه التي صنعتها فتنسخ، ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة وآمرهم بأن يعملوا بما فيها، ولا يتعدوه إلى غيره، فقال: يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا الحديث ورووا الروايات، فأخذ كل قوم بما سبق إليهم من اختلاف الناس، فدع الناس وما اختار كل بلد منهم لأنفسهم. وقيل إن الذي فعل ذلك هو هارون الرشيد وأنه شاور مالكاً في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه، ولعل هذا الأمر تكرر مرتين مرة من المنصور والثانية من هارون الرشيد» ص٢٠٣، ط ١٩٦٦، مطبعة دار التأليف.

انظر أيضاً: الدكتور عبد الكريم زيدان، «نظام القضاء في الشريعة الإسلامية»، الطبعة الأولى.

(١) تأييداً لذات الرأي كتب العلامة الشيخ محمد مصطفى شلبي، في كتابه «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه»، ص١٤٩، الهامش، ما نصه: «نقول لم يعرف الفقه الإسلامي طريقة التقنين بالفعل إلا في هذا الوقت ـ يعني وقت صدور المجلة ـ وما وجد قبل ذلك كان مجرد محاولة أو اقتراح جمع الناس على رأي واحد يقضى به بينهم دون التقيد بمذهب معين وإنما يتبع قوة الدليل وملاءمته لأحوال الناس ويلزم به القضاة في أنحاء الدولة الإسلامية كما جاء في رسالة ابن المقفع إلى المنصور الخليفة العباسي».

١٤ ـ أما التنظير فهو «التصور الجامع المجرد للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية». فهو تصور يقوم بالذهن سواء استنبط بالتسلسل الفكري المنطقي أو استمد من استقراء الأحكام الفرعية الجزئية ويتصف هذا التصور بالتجريد إذ يحاول أن يتخلص من الواقع التطبيقي لينفذ إلى ما وراءه من فكرة تحكم هذا الواقع. وهو تصور جامع يحاول أن يحيط بجميع جوانب الموضوع ويبحث كافة مستوياته وأبعاده، وهو في هذا الصدد يقف عند كل ظاهرة أو حكم يتعلق بها ملاحظاً الصفات المشتركة بين كافة الظواهر والأحكام التي يبحثها دون تلك التي تختص بها ظاهرة معينة أو حكم محدد، وذلك سعياً وراء التعرف إلى القواعد العامة المشتركة. . .»[1]. فهذا التعريف السابق الذي وضعه الدكتور جمال عطية يوضح كيفية نشأة النظرية وعملها ويقوم التقنين بعد ذلك بتقعيد ما تتوصل إليه النظريات ويتم تفسير هذه القواعد القانونية على صعيد التطبيق العملي في ضوء مفهوم النظرية للموضوع محل البحث.

١٤/١ ـ والواقع أن الارتباط بين التقنين والتنظير ارتباط عضوي «ومعناه وجوب أن يكون التوسع في كل منهما متوازناً مع التوسع في الآخر لأنهما متكاملان لا يغني أحدهما عن الأخر، بل قد تترتب مساوئ كثيرة إذا لم نقدم في كل جانب منهما ما يكفي لتحقيق هذا التوازن»[2].

١٤/٢ ـ وقد عبر الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة عن رأيه في هذا الموضوع بقوله: «التنظير في الفقه الإسلامي هو القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي في مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي. . . . فهي مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها أو إلى ضابط فقهي يربطها، كقواعد الملكية في الشريعة وكقواعد

---

(١) دكتور جمال عطية، «التنظير الفقهي»، الطبعة الأولى، المقدمة سنة ١٩٨٧م.
والدكتور محمد كمال إمام، «في منهجية التقنين بين النظرية والتطبيق»، الطبعة الأولى، ص١ ـ ٢٤.

(٢) الدكتور توفيق الشاوي، «التنظير والتقنين» تعليقاً على كتاب الأستاذ عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي، ط سنة ١٩٩٩م، ص١٢٦، دار الشروق.

الضمان والخيارات. . . فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة، يجتهد فقيه مستوعب للمسائل فيربط بين هذه الجزيئات المتفرقة برباط هو القاعدة التي تحكمها أو النظرية التي تجمعها، كما ترى في قواعد الأحكام للإمام عز الدين بن عبد السلام الشافعي وكما في الفروق للقرافي المالكي. . .»[1].

٣/١٤ ـ اعتبر الشيخ أبو زهرة في النص السابق أن الفقه الإسلامي عرف النظريات وتمثل ذلك في القواعد الفقهية.

ولم يوافق الواقع التشريعي هذا الرأي، مثال ذلك مجلة الأحكام العدلية التي استهلت نصوصها بتسع وتسعين قاعدة فقهية؛ وفي مقدمة المجلة أوضحت اللجنة التي وضعتها هدفها من إيراد تلك القواعد بنصها على أن «حكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل بأدلتها وسائر المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص»[2]. فصناع المجلة رأوا في القواعد الفقهية نصوصاً شارحة ومفسرة لباقي نصوص المجلة بحيث تفهم وتطبق هذه الأخيرة في ضوء القواعد[3]. ومع ذلك فإننا نرى أن النظرية العامة غير القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي.

١٥ ـ حقيقة القواعد الفقهية:

فإن هذه القواعد هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات أو إنما هي «القواعد الخاصة أمام القواعد العامة الكبرى. وقد ترد قاعدة بين القواعد الفقهية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي تلك النظريات. فقاعدة العبرة في العقود

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، «أصول الفقه»، ص٨.

(٢) ص١١ «مجلة الأحكام العدلية»، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٦٨م.

(٣) في معنى القاعدة الفقهية وتمييزها عن غيرها انظر: «التقعيد الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء» محمد الروكي، المملكة المغربية، جامعة محمد الخامس، سنة ١٩٩٤، ص٣٨.
أيضاً سوف يأتي تفصيل دور القواعد الفقهية في العمل الفقهي والقانوني في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

للمقاصد والمعاني حقيقة مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد. والاختلاف الأساسي بينهما يتلخص في أمرين:

١ ـ «القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها... وهذا بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها كنظرية الملك والفسخ والبطلان.

٢ ـ القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك...»[١].

١٦ ـ نخلص من هذا إلى أن:

الفارق الأساسي بين التقنين وكل من التنظير والتجميع هو صدور الأول عن سلطة تحمي وتضمن تطبيقه والآخران وليدا مجهودات فردية.

يختلف التقنين عن التنظير والتجميع في الشكل الخاص به والذي عرفناه آنفاً، أما التنظير والتجميع فليس هناك ما يمنع صدورهما في أي شكل كان.

التقنين بجانبيه الشكلي والمعنوي حديث، أما التجميع والتنظير فسابقان عليه بعصور، وهما وليدا عصور متوالية من الاجتهاد والعمل القضائي على الأصول الشرعية.

التقنين في القانون الوضعي يتطور بعد تطور الفقه شأنه في ذلك شأن تقنين الشريعة، فالمجهودات الفردية والفقهية من تنظير وتجميع تخدمه وتدفع عجلته لمواكبة تطورات الحياة وتنظيم العلاقات التي تقوم فيها، فيصبح ضبط التقنين للقاعدة القانونية محكماً وعملياً في الوقت نفسه.

١٧ ـ أهمية خاصة للتقنين:

لتقنين الشريعة أهمية خاصة تتمثل في حاجات بلاد الثغور الإسلامية والأقليات المسلمة.

وأهمية التقنين في بلاد الثغور الإسلامية وبلاد الأقليات الإسلامية، ترجع

---

(١) انظر في تفاصيل ذلك: أحمد الندوي، «القواعد الفقهية»، دار القلم، الطبعة الثانية، ١٩٩١.

إلى الفقر التشريعي الشديد في تلك البلاد من جهة، وإلى سيطرة قوى مهيمنة تجد في عدم توفر تقنينات جاهزة للتطبيق الذريعة المناسبة للتنصل من مطلب تطبيق الشريعة الإسلامية على سكانها من المسلمين من جهة أخرى.

وقد لبت التقنينات التي صدرت على أسس شرعية في البلاد العربية والإسلامية حاجة بلاد الأقليات الإسلامية وبلاد الثغور التشريعية مثال ذلك[١]:

١ ـ رغم سقوط الدولة العثمانية ظلت المجلة مطبقة بدول البلقان حتى عام ١٩٤٦م.

٢ ـ طبقت كتب قدري باشا الثلاثة ـ التي سبق ذكرها ـ في البوسنة والهرسك حتى قيام الحكم الشيوعي بها، وذلك على الرغم من وضع السلطات النمساوية التي كانت لها الهيمنة على تلك البقاع، عام ١٨٨٣م، قانوناً مستمداً من الشريعة. ورغم تطبيقه لفترة زمنية صغيرة إلا أن القضاة فضلوا تطبيق كتب قدري باشا «كون ثقة قضاة تلك البقاع الإسلامية انصرفت عن قانون موضوع لهم ممن ليست لهم لا صلة ولا علم وثيق بقواعد الدين الإسلامي»[٢].

٣ ـ خاض مسلمو الفليبين صراعاً مريراً ضد المستعمر الإسباني ثم الأمريكي ليعترفوا بالشريعة الإسلامية قانوناً لهم.

وكانت ثمار ذلك اعتراف الحكومة الأمريكية في بدايات القرن بحقهم في أن يحكموا بها فيما بينهم أما لو ثار نزاع بين مسلم وغير المسلم فيكون ذلك النزاع خاضعاً لقوانين الدولة العادية ورغم ذلك فقد سموهم بأتباع الكنية المحمدية Mohammedan Church[٣]. وقد استعار قضاة الفليبين المسلمون ما

---

(١) انظر في تفاصيل ذلك:

N.J. Coulson, History of Islamic Law.

مع هوامش ترجمته الصادرة عن المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط الأولى ١٩٩٢م، للدكتور محمد أحمد سراج.

(٢) فكرت كاريجتش، «تاريخ التشريع الإسلامي في البوسنة والهرسك»، مركز البلقان للدراسات والبحوث العلمية، تركيا ١٩٩٣.

(٣) انظر في تفصيل ذلك الكتاب الصادر عن: =

هو مقنن على أسس شرعية في الهند من قوانين ليطبقوها في بلادهم، وإن كان هذا قد توقف في منتصف القرن الحالي.

٤ ـ دخلت القوانين الإنجليزية ـ غير الإسلامية ـ كثيراً من بلدان الأكثرية المسلمة أو الأقلية المسلمة على يد المحتل. ففي الهند نجد أن القوانين الإسلامية ظلت مطبقة في مجال المعاملات المدنية حتى أعاد وارين هستنجر ترتيب المحاكم عام ١٧٧٢م، مما أدى لاستجلاب قضاة إنجليز لمباشرة مهام القضاء وأيضاً إرسال طلاب هنود لتلقي علومهم على أيدي أصحاب ذات المدرسة؛ وأخذت المبادئ المختلفة تغزو القضاء الهندي حتى سيطرت القوانين الإنجليزية تماماً على شبه القارة الهندية وانحصر تطبيق الشريعة فقط في مجال التشريع الأسري.

في إندونيسيا نقل المستعمر الهولندي جميع فروع القانون العام من القوانين الهولندية وتسللت بقية القوانين في فروع القانون الأخرى بما في ذلك قانون الأحوال الشخصية حتى غيرته الدولة تحت ضغوط المطالبة الشعبية عام ١٩٧٤م.

وقد عبّر الأستاذ الدكتور محمد سراج عن ذلك تعبيراً صحيحاً إذ كتب في ترجمته لكتاب المستشرق الإنجليزي كولسون «أن العالم الإسلامي قد انهزم هزيمة عسكرية لا حضارية» وبالفعل فما سبق يربط دخول القوانين الأجنبية بدخول جحافل الاستعمار(١).

هذا كله يفرض على العالم العربي ـ من واقع المسؤولية التاريخية ـ أن يقود النهضة في سبيل إعادة تبني قواعد الشريعة الإسلامية ليعود تطبيقها إلى جميع فروع القانون وليس فقط قوانين الأحوال الشخصية.

١٨ ـ منهجية التقنين:

من كل ما سبق نخلص إلى أن تقنين الشريعة الإسلامية في جميع فروع

= Alfredo T. Tiamson, Studies on Muslim Laws (Shariah) and Customary Law's (Adat) Papers of the Sixth Annual, Seminar on Islam in Philippin & Asia. Muslim Information Center 1976.

(١) الدكتور محمد سراج، «في تاريخ التشريع الإسلامي»، هامش ص٢٠٢.

القانون يلزم له ليناسب العصر ويلبي الاحتياجات الفردية والاجتماعية والدولية أن يصدر وفقاً لمنهج محدد المعالم، تخضع تفاصيله لظروف كل قطر وأحواله. وفي تقديرنا أن أهم العناصر التي يجب توافرها للتقنينات المأخوذة عن الشريعة لتحقق الغرض من وضعها هي:

أولاً: الاستمداد من جميع مذاهب الفقه الإسلامي فلا يتقيد المشرع بمذهب دون سواه ولا بمجموعة منها دون غيرها. مع مراعاة القواعد التي قررها العلماء المعاصرون ومن أهمها:

الأخذ بعموم النصوص ما لم يخصصها دليل.

احترام الإجماع المتيقن.

إعمال القياس الصحيح.

اعتبار المقاصد والمصالح[1].

ثانياً: أن يصدر التقنين من الدولة وهيئاتها التشريعية المختلفة. فنحن لا نؤيد الرأي القائل بضرورة وضع التقنينات بمعرفة علماء منفصلين عن الدولة[2].

ذلك لأن هدف التقنين الأول خدمة المجتمع وتنظيمه ولابد لتحقيق هذا صدوره من مؤسسات الدولة بحيث تكون له قوة الإلزام القانونية. أما ما يقال عن تحكم الدول وسيطرتها بحيث يؤدي صدور التقنين عنها إلى اتباع الهوى والرأي المبني على مصالح الطبقات الحاكمة، فهذا صحيح في كل الأحوال، لو كانت الدول مستبدة أو ديكتاتورية ولا شأن له بالمصدر الموضوعي للقانون.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك الدكتور محمد زكي عبد البر، «تقنين الفقه الإسلامي»، إدارة إحياء التراث بقطر، ط الأولى ١٩٨٣م، ص٤٤ ـ ٦١.

والدكتور يوسف القرضاوي، «فقه الزكاة»، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة ١٩٨١، ص٢٣ ـ ٣٤.

(٢) وهو ما يذهب إليه الأستاذ الجليل الدكتور توفيق الشاوي، في المصدر سالف الذكر.

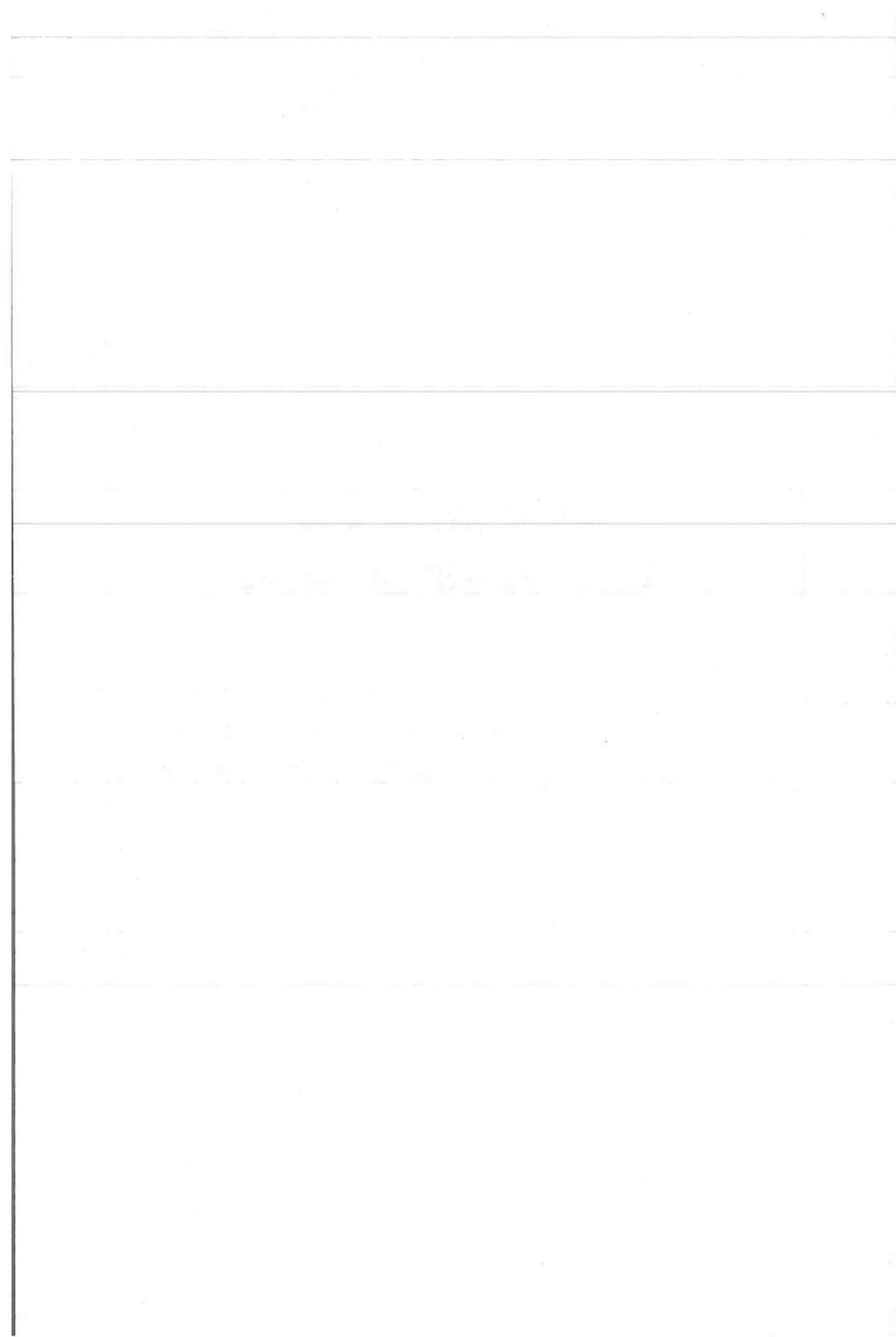
القسم الأول

مجلة الأحكام العدلية وأثرها على القوانين العربية

يضم بابين هما على التوالي:

الباب الأول: مجلة الأحكام العدلية والتجارب اللاحقة عليها.

الباب الثاني: تأثير مجلة الأحكام العدلية على القوانين العربية.



الباب الأول

التعريف بمجلة الأحكام العدلية والأعمال اللاحقة عليها



١٩ ـ تمهيد:

قدمنا لموضوع هذا الباب ـ مجلة الأحكام العدلية وتأثيرها على حركة تقنين الفقه الإسلامي ـ بالفصل التمهيدي، عارضين فيه لنشأة التقنين في العالم العربي ومتتبعين ظروف نموه، باعتبار ذلك التعريف تمهيداً ضرورياً يصل بنا وصولاً طبيعياً لظروف وضع مجلة الأحكام العدلية.

فوضع المجلة الخاص وأهميتها باعتبارها أول تقنين مدني مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، لا يمكن فهمه واستيعابه إلا في ضوء فهم التقنين ودوره وما يصحب انتشاره من انتقال بصفة النظم القانونية والقضائية وطبيعتها من الصفة الاجتهادية والطبيعة المعتمدة على الفرد الواحد أي القاضي الفرد أو الفقيه، إلى نظم مقيدة ومحددة ومحكومة بقواعد وأطر ثابتة تقوم فيها المجموعة (التقنين) بالدور الأساسي، فالقضاء ينتقل من يد الفرد إلى يد الهيئات القضائية بتعدد أفرادها وتدرج هيكلها.

٢٠ ـ تقسيم:

بعد أن أوضحنا ذلك في الفصل التمهيدي ننتقل في هذا الباب إلى المحور المؤثر في حركة تقنين الشريعة وهو مجلة الأحكام العدلية متناولين لإيضاح طبيعتها وتأثيرها على الأعمال اللاحقة عليها في فصلين:

الأول، ويتضمن البحث في:

١ ـ ظروف وضعها وإصدارها.

٢ ـ تبويبها وموضوعاتها وأهم شروحها.

٣ ـ منهجها في التقنين وتقويمه.

٤ ـ مجال تطبيقها زماناً ومكاناً ومآلها.

والثاني، ويتضمن البحث في:

تأثير المجلة في صدور أعمال مشابهة لها، ونتناول الأعمال الآتية ـ مرتبة حسب صدورها ـ:

١ ـ أعمال قدري باشا على المذهب الحنفي سنة ١٨٩٠م.

٢ ـ مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية سنة ١٩٢٣م.

٣ ـ ملخص الأحكام الشرعية المالكية سنة ١٩٣٧م.

٤ ـ مشروع قانون العقد من مذاهب متعددة سنة ١٩٤٨م.

لنصل ببحث هذه النقاط إلى معرفة مدى محورية المجلة في الحياة القانونية العربية وفي حركة تقنين الشريعة.

الفصل الأول

مجلة الأحكام العدلية

ونتناول فيه من خلال مبحثين دراسة ظروف إصدار المجلة وتبويبها وأهم شروحها في مبحث أول، ثم حاولت الدراسة تقويم منهج المجلة في التقنين من الناحيتين الشكلية والموضوعية ومجال تطبيقها في الزمان والمكان.

المبحث الأول

المجلة وأهم شروحها

٢١ ـ تقسيم:

نناقش في هذا المبحث إرهاصات صدور المجلة والتطورات التي سبقت صدورها في مطلب أول، ثم نعرض لتبويبها في المطلب الثاني، ولأهم شروحها في المطلب الثالث.

المطلب الأول
إرهاصات صدور المجلة

٢٢ ـ ظروف إصدار المجلة:

جاءت مجلة الأحكام العدلية في خضم اتجاهات وعوامل عدة تنازعت الدولة العثمانية في القرن التاسع عشر، أهمها:

١/٢٢ أولاً: تحولت الدولة العثمانية من دولة غازية فاتحة إلى دولة تسعى نحو توطيد علاقاتها بجيرانها وبخاصة أوروبا. وبدأت هذه العلاقات تأخذ شكلاً انفتاحياً متطوراً في عهد السلطان سليم الثاني (١٧٨٩م ـ ١٨٠٧م) الذي فتح الباب للتأثر بالغرب بعد معاهدته الدفاعية مع إنجلترا وروسيا ضد فرنسا بزعامة بونابرت في ١٧٩٨/١٢/٢٥م. فكان لابد للدولة من تطوير مؤسساتها وآليات العمل في مختلف إدارتها ليتسنى لها التكيف مع هذا النوع الجديد من العلاقات[١].

(١) انظر عن عصر السلطان سليم الثاني =

ثانياً: مع موجة الانفتاح الشديدة علي أوروبا برزت اتجاهات إصلاحية، أهمها اتجاه متطلع لدولة تركية عصرية بمفهوم أوروبي؛ واتجاه يود أن يستمد من جذوره الإسلامية وروابطه ضمن الشرق الإسلامي ما يمكنه به إصلاح الحاضر وتطويره بما يحقق التكيف مع العلاقات الدولية الجديدة للدولة[1]. فلم يكن صدور المجلة ـ إذن ـ لا طفرة ولا فجأة، فقد ظهرت مع مجموعة الإصلاحات التي تبنتها الدولة العثمانية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بعد حرب القرم وبدأت بصدور الفرمانات الإصلاحية والخط الهمايوني الصادر في عامي ١٨٥٤م و١٨٥٦م لإصلاح وتطوير الحكومة والإدارات المحلية، وقد صدرا بأمر مباشر من السلطان عبد المجيد الأول ١٨٣٩م ـ ١٨٦٠م الذي يعد أول من تبنى حركة التغريب في الدولة. «وتحول الصراع بين الاتجاهين الإصلاحيين إلى صراع داخلي عنيف بين سلطة اختارت أو أجبرت على تغريب المؤسسات ومجتمع يرفض هذه المؤسسات مستعيناً بالعلماء والفقهاء والدعاة الذين واجهوا بقوة تيار التحديث من منطلق مخالفته الشريعة الإسلامية»[2].

ثالثاً: تأثر الدولة والشعب بالمتغيرات التي شهدتها أوروبا على الساحة الداخلية في أواخر القرن الثامن عشر وأهمها الثورة الفرنسية والإصلاحات التي

= Staford J. Shaw , Between Old and New, The Ottoman Empire Under Sultan Selim, Harvard university press 1971, p. 199-181.

وجدير بالذكر أن السلطان سليم الثاني عزل لاعتباره غير صالح لقيادة الخلافة كونه حاول تطوير الجيش ليصبح نظامه أوروبي الشكل، فكان أن صدرت فتوى بعدم صلاحيته، وعزله قادة الجيش.

(١) عن الاتجاهات المختلفة المطالبة بالإصلاح في القرن الـ ١٩ انظر:

Charles Swallow, The Sick Man of Europe. Ottoman Empire to Turkish Republic 1789- 1923, Ernst Benn, London 1973.

(٢) لمزيد من المعلومات انظر:

Roberic H. Davison, Reform of Ottoman Empire 1856-1876. Princeton University Press 1963, p. 136- 172.

أيضاً انظر: علي محمد الصلابي، «الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط»، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، ص٥٩٥ ـ ٦٢٦، دار البيارق، بيروت.

تبنتها مما أثر على المناخ العام في تركيا وتعالت الأصوات مطالبة بوضع دستور وإنشاء مجلس نيابي وبرزت جمعيات على المستوى الشعبي بين المفكرين والطلبة لتدافع عن المبادئ الداعية للحرية والإصلاح.

رابعاً: تدهور الأوضاع في الأقاليم التابعة للدولة العثمانية، مما أدى لقيام ثورات ضد الحكام الإقليميين والمحليين، ووضح ذلك في بلاد الشام ومصر. فقد قامت الثورات في سوريا ضد الباشوات الأتراك وبذلت الدولة التركية كثيراً من المال والجهد لإخمادها. فكان أن أدركت الدولة ضرورة التغيير على جميع المستويات سياسياً وقضائياً وقانونياً.

٢/٢٢ ـ دفعت هذه الظروف المختلفة الدولة إلى تغيير نظمها القانونية لضبط الولايات من جهة ولتلبية احتياجات التحديث من جهة أخرى. ومن قبل عرفت الدولة العثمانية التقنينات بصور مختلفة أولها فتاوى شيوخ الإسلام التي كانت أحياناً تأخذ شكل القانون من حيث تقسيمه إلى مواد مختلفة وتصدر على شكل قوانين ليتم تطبيقها في الولايات التابعة للدولة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أبقت الدولة على بعض القوانين المحلية وعلى تطبيق بعض الأعراف والعادات التي كانت سائدة قبل تبعية أماكنها للدولة العثمانية، لضمان الاستقرار في تلك الأنحاء؛ ومن أمثلة ذلك قانون العمل في المناجم ـ الشهير بالقانون الساكسوني ـ الذي كان يجرى بموجبه تنظيم العمل في مناجم صربيا والبوسنة وأبقى عليه الخلفاء دون تغيير لضمان استمرار العمل في تلك المناجم التي كانت تمثل دخلاً ضخماً للدولة[1]. فالدولة العثمانية حرصت على عدم المساس بالقوانين المعمول بها في البلاد المفتوحة كلما بدت لها تلك القوانين ضرورية لحسن سير العمل في البلاد، وقد كان شرط ذلك السريان عدم مخالفة القانون لأحكام الشريعة الإسلامية. «فالأساس الحقوقي للدولة العثمانية في ذلك الوقت يرجع إلى دعامتين: القانون الإسلامي والأعراف الحقوقية للسكان

---

(١) روبر مانتران، ترجمة بشير السباعي، «تاريخ الدولة العثمانية»، طبعة دار الفكر للدراسات ١٩٩٠م، ص٣٣٥، الجزء الأول.

انظر أيضاً للمزيد عن هذا الموضوع: محمد بك أمين، «تاريخ الدولة العلية العثمانية»، طبعة ١٩٨٩م، القاهرة.

الذين ضمهم العثمانيون عبر فتوحاتهم. وهذه الازدواجية للدولة العثمانية صارخة فمن الغريب أن دولة تتجه إلى فتح البلاد المسيحية تأخذ منها جانباً هاماً من مرتكزاتها التشريعية. ولا شك أن أحد العوامل التي قادت السلاطين إلى هذه السياسة هو رغبتهم في عدم المساس ببعض التقاليد المتأصلة في الشعوب المغلوبة. أملاً في أن يؤدي ذلك إلى الحد من المقاومة التي يواجهونها، وفي حالات أخرى كان الاقتصاد يفرض احترام تشريع معين»[١].

٣/٢٢ ـ ويأتي التشابه بين النظم القانونية في الشرق العربي والجزء الأوروبي الخاضع للسيادة العثمانية في إبقاء الدولة العثمانية على الأوضاع التشريعية كما هي في الشرق العربي فأصبح تطورها مرتبطاً بما يبذله فقهاء كل إقليم وقضاته[٢].

٢٣ ـ مركزية نظام القضاء العثماني:

وعلى الرغم من ذلك فقد وضعت الدولة للقضاء نظاماً مركزياً على قمته يوجد شيخ الإسلام الذي عهد إليه بتعيين القضاة بل واختيار المفتين في كثير من الأحيان.

٢٤ ـ سيادة المذهبية الفقهية:

وقد ساهم في بقاء الأحوال التشريعية دون تطور يذكر أن الاجتهاد الفقهي ـ في الفترة الأولى من وجود الدولة العثمانية، في الشرق العربي ـ انحصر دوره عما كان عليه في الفترات السابقة لأسباب عدة ـ ليس هذا مجال ذكرها ـ ولكن أهمها استقرار المذاهب الفقهية المختلفة، بحيث أصبح لكل

---

(١) روبر مانتران، «تاريخ الدولة العثمانية»، الجزء الأول، ص٣٣٦.

(٢) «فالدولة العثمانية عند دخولها الشرق العربي لم تفرض على الولايات أي أسلوب معين في الحكم، مكتفية بالسيطرة العسكرية والسياسية، تاركة لسكان الولايات العربية حرية التصرف في شؤونهم المعيشية بما في ذلك المحافظة على لغتهم وعوائدهم وتقاليدهم ومؤسساتهم الخاصة بهم».
«العلاقات العربية التركية»، مجموعة مؤرخين، معهد البحوث والدراسات العربية، ط ١٩٩٣م، ص١٥٢.

منهما أتباعه الذين يتقيدون بما جاء في كتبه من آراء ويعملون عليها شارحين وموسعين، فكانت تلك فترة انتشار الدعوة إلى المذهبية وهي ذاتها فترة سيادة الحواشي والمتون والشروح خدمة من رجال كل مذهب له.

٢٥ ـ أهمية دور العلماء في تطبيق القانون:

وقد ساهم القضاة والعلماء في المؤسسة القضائية بدور فعال في تطويرها؛ وكان يرأس هذه المؤسسة شيخ الإسلام وهي مرتبة دينية تعادل في الهيكل المدني للدولة الصدر الأعظم ـ رئيس الوزراء بالمصطلح الحديث ـ وكان شيخ الإسلام من أتباع المذهب الحنفي ـ مذهب الدولة الرسمي ـ وكانت له الكلمة العليا في تعيين قضاة الأمصار المختلفة سواء الأوروبية أم العربية، ومن أهم اختصاصات هؤلاء القضاة، بخلاف الفصل في الخصومات، ما يلي:

٢٥/١ ـ كان لقضاة كل ولاية الكلمة الفصل في المسائل الدينية والشرعية.

٢٥/٢ ـ كان دورهم حاسماً في تقرير سلامة القرارات المدنية، فالإصلاحات الداخلية وقرارات الحكومات المحلية تكتسب مصداقيتها من فتاواهم.

٢٥/٣ ـ كان القضاة أعضاء في مجالس الولايات فلا يبرم الوالي أمراً من الأمور الهامة في الولاية إلا بعد مشاورتهم[١].

---

(١) «ففي مصر مثلاً نجد النظام الذي قرره السلطان العثماني سليم الأول، بعد فتحها، بقانون نامه مصر، يقوم على وجود والٍ معين من قبل السلطان يعاونه ما يسمى بالديوان العالي يجتمع ثلاث مرات أسبوعياً تحت رئاسة الوالي ويضم اثنين من المفتين واثنين من القضاة، أما المجلس الخاص والعادي الذي كان يجتمع كل يوم ففيه إلى جانب الوالي الدفتر دار وكبير القضاة، وكانت هذه المجالس تقوم بإبداء الرأي والمشورة للوالي، وتختص بتنفيذ الأوامر والمراسم الصادرة من اسطنبول وإبداء الرأي في شؤون الولاية الدينية والدنيوية من آداب وأنشطة اقتصادية وأحوال حضرية وإدارة للأوقاف، وكانت المجالس المذكورة تبدي رأيها للخليفة مباشرة إذا ما اعترضت على تصرفات الوالي وكثيراً ما يعزل الولاة بسبب غضب بعض القضاة من تصرفاتهم، أو اعتراض العلماء عليهم لعدم موافقة أفعالهم للأطر الدينية». =

٤/٢٥ ـ وفي أغلب ولايات الدولة العثمانية كان القضاء يسير على المذهب الرسمي للدولة وهو المذهب الحنفي.

أما الإفتاء فكل حسب مذهبه حتى لقد كان في بعض الولايات مُفْتون بعدد المذاهب الأربعة السنية.

٢٦ ـ بدايات الإصلاح القانوني:

بدأ الإصلاح القانوني والقضائي في القرن التاسع عشر بما يسمى خط كلخانة الأول الصادر في عهد السلطان عبد المجيد في ٤ نوفمبر سنة ١٨٣٩م وجاء في صدره «قد رؤى من الآن فصاعداً أهمية لزوم وضع وتأسيس قوانين جديدة تتحسن بها إدارة ممالك دولتنا العلية المحروسة، والمواد الأساسية لهذه القوانين هي عبارة عن الأمن على الأرواح وحفظ العرض والناموس والمال وتعيين الخراج وهيئة طلب العساكر للخدمة ومدة استخدامهم لأنه لا يوجد في الدنيا أعز من الروح والعرض والناموس والمال»[١] ويمكن اعتبار هذا الخط بدء مرحلة التجديد التشريعي في الدولة العثمانية ويتبعه في الأهمية قانون العقوبات الصادر عام ١٨٤٠م وسمى (جزاء قانون ناميسي) مستلهماً أحكامه من روح الشريعة الإسلامية، وكان ضمن نصوصه ما قرره من أن «الراعي في الجبل والوزير» يخضعان لأحكام هذا القانون، أي المساواة التامة بين كل رعايا الدولة في خضوعهم لأحكام هذا القانون[٢].

= انظر: دكتور محمد حرب، العثمانيون في التاريخ والحضارة، سلسلة دراسات عثمانية، ط الأولى سنة ١٩٩٤م، ص٢٦.

(١) «تاريخ الدولة العلية العثمانية»، لمحمد بك أمين.

(٢) الواقع أن الدولة العثمانية عرفت القوانين المكتوبة منذ القرن الخامس عشر بما هو معروف باسم Imperial Kanun of Sultan Mehemmed وهو أول قانون جنائي صدر في الدولة العثمانية وقد اختلف في تاريخ صدوره هل هو عام ١٤٥٣م أم ١٤٨٨م؟ وتوالت القوانين المماثلة في عهد السلطان بايزيد، فقد أصدر قانون العقوبات المسيحي لسكان جزيرة Cephalonia ثم أصدر قانون آخر للجبل الأسود عام ١٥٢٣م، وأخيراً أصدر ما سمي بقانون سياسة نامه، نظم به العقوبات الكبرى حيث كانت القوانين السابقة تشمل فقط العقوبات المالية والغرامات. =

٢٧ ـ صدور التقنينات الأوربية المصدر:

ومع توغل النفوذ الغربي في الدولة العثمانية متمثلاً في تقرير الامتيازات الأجنبية وازدياد سلطان قناصل أوروبا في الدولة توالت تقنينات أوروبية الأصول في الصدور، فاستعيض عن قانون العقوبات سالف الذكر بتعديلات غيرته تماماً عام ١٨٥١م، واستمدت أغلب هذه التعديلات من نظيره الفرنسي[١].

وقد سبق هذه التعديلات صدور القانون التجاري عام ١٨٥٠م المأخوذ عن نظيره الفرنسي، وقد عدل هذا القانون في عام ١٨٦١م.

ثم صدر في عام ١٨٥٨م قانون الأراضي الزراعية الذي أخذ بعين الاعتبار الأعراف والقواعد الإسلامية.

وفي عام ١٨٦٣م صدر قانون التجارة البحرية آخذاً جميع أحكامه من نظيره الفرنسي.

٢٨ ـ إنشاء ديوان الأحكام العدلية:

في ظل صدور مجموعة القوانين السابقة وما صاحبها من إنشاء محاكم خاصة سميت بديوان الأحكام العدلية لتطبيق القوانين المستمدة من النظم الأوروبية، مع بقاء المحاكم الشرعية لتفصل في المنازعات التي ما زالت النصوص الشرعية تحكمها؛ صنع ذلك الوضع ازدواجية تشريعية وازدواجية قضائية شديدة، خاصة مع عدم علم قضاة أي من نوعي المحاكم بالقوانين التي يطبقها قضاة النوع الآخر، فتضاربت الأحكام، وتعارضت لما واجهه كل طرف من صعوبات في إدراك وفهم الاتجاه القانوني الآخر.

١/٢٨ ـ وقد عبّر عن ذلك أصدق تعبير التقرير الذي رفعته اللجنة التي وضعت المجلة إلى الصدر الأعظم عالي باشا عندما نص على أن: «...قانون التجارة الهمايوني هو دستور العمل في محاكم التجارة الموجودة في ممالك

= لمزيد من التفاصيل انظر:

Uriel Heyd, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, Clarendon press 1973 p 14-37.

(١) انظر في تسلل القوانين الأجنبية مع الامتيازات الأجنبية في القرن الـ ١٩:

N.J. coulson , A History of Islamic Law , Oxford 1995.

الدولة العلية. أما الخصومات المتفرعة عن الدعاوى التجارية التي لا حكم لها في قانون التجارة فيحصل بها مشكلات عظيمة لأنه إذا صارت المراجعة في مثل هذه الخصومات إلى قوانين أوروبا وهي ليست موضوعة بالإرادة السنية فلا تصير مدار الحكم في محاكم الدولة العليا. وإذا أحيل فصل تلك المشكلات إلى الشريعة الغراء فالمحاكم الشرعية تصير مجبورة على استئناف المرافعة في تلك الدعوى وحينئذ فالحكم على قضية واحدة في محكمتين كل منهما تغاير الأخرى في أصول المحاكمة ينشأ عنه بالطبع تشعب ومباينة. ففي مثل هذه الأحوال لا يمكن لمحاكم التجارة مراجعة المحاكم الشرعية. وإذا قيل لأعضاء محاكم التجارة أن يراجعوا الكتب الفقهية فهذا أيضاً لا يمكن، لأن هؤلاء الأعضاء ليسوا على حد سواء مع أعضاء مجالس تمييز الحقوق في الاطلاع على المسائل الفقهية......»[(١)].

٢/٢٨ ـ فكانت نتيجة ذلك ظهور دعوة بوجوب توحيد القوانين المعمول بها في الدولة باعتبار ذلك من ضرورات الحملة الإصلاحية التي تبنتها الدولة في القرن التاسع عشر.

٢٩ ـ صدور المجلة:

ووجد اتجاهان يسعيان إلى التوحيد المنشود، أحدهما: يتزعمه مدحت باشا الصدر الأعظم في ذلك الوقت ومن قبله علي باشا وبعض القيادات المتأثرة بأوروبا وينادي بوجوب أخذ قوانين الدولة عن مثيلاتها الأوروبية في شكلها ومضمونها، وفي جميع المجالات دون حصرها في التجارية فقط، والاتجاه الآخر: تزعمه أحمد جودت باشا، وهو فقيه وعالم كبير، كان ينادي بوجوب استناد القوانين للشريعة الإسلامية وإن تطور إطارها الشكلي ليتفق والشكل الحديث للقوانين. وقد انتصر السلطان عبد العزيز للرأي الأخير فأمر في عام ١٨٦٩م بتشكيل لجنة برئاسة أحمد جودت باشا وأوكل لها وضع مشروع للقانون المدني على أن تستمد أحكامه من المذهب الحنفي، وعملت اللجنة على إصدار الجزء الأول من المجلة وهو كتاب البيع عام ١٨٧٠م، وظلت الأجزاء الأخرى تصدر تباعاً حتى صدر الجزء الأخير عام ١٨٧٨.

---

(١) «مجلة الأحكام العدلية»، التقرير ص٤.

١/٢٩ ـ لقد كانت المجلة لا شك ثمرة لتطور الأوضاع القانونية في الدولة العثمانية من دولة غازية غير مستقرة إلى دولة تسعى لإقامة علاقات من شتى الأنواع مع جيرانها، وفي سبيل ذلك تحاول التكيف مع الأشكال والأنظمة الحديثة في العالم، وعن ذلك يقول الباحث المستشرق الفرنسي بول دومون «كان الصدر الأعظم عالي باشا يود التحرك بذات الأسلوب الذي تمّ التحرك به فيما يتعلق بالنصوص الأخرى المعتمدة بالفعل، وكان يود الاكتفاء بتكييف القانون المدني الفرنسي. على أن الفقهاء الذين أسند إليهم هذا العمل قد ردوا على ذلك رداً قوياً بحيث اضطر الباب العالي إلى تغيير رأيه والانحياز إلى رأي أولئك الذين دعوا إلى تشريع مستند إلى الشريعة»[١].

تلك كانت الظروف التي ظهرت فيها المجلة لتصبح أول تقنين لأحكام الفقه الإسلامي في المعاملات المدنية والتجارية والمرافعات[٢].

المطلب الثاني
تبويب المجلة

٣٠ ـ صدور المجلة على مراحل:

صدرت مجلة الأحكام العدلية تدريجياً لتكتمل في ستة عشر كتاباً مهدت لها مقدمة اشتملت على قسمين أولهما في تعريف الفقه وثانيهما في عرض لتسع وتسعين من القواعد الفقهية ليلجأ إليها في فهم وتفسير وتطبيق نصوص المجلة. وقد جعلت المجلة أول هذه القواعد قاعدة «الأمور بمقاصدها» وجعلت آخرها قاعدة «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه»[٣].

---

(١) «مجلة الأحكام العدلية»، بحث في مجلة الاجتهاد مؤلفه س. س. أنر.، ترجم المقالة رضوان السيد، العدد الثالث، ربيع ١٩٨٩، ص١٩٧ ـ ٢١٧.

(٢) انظر في تقدم تشريع المجلة بالنسبة لما كان عليه العمل قبله:

Moulavi Cheragh Ali, Proposed Political, Legal, and Social Reforms in the Ottoman Empire and Other Mohammadan States.. Education Society's Press, India 1883 p: 29.

(٣) انظر في شرحها مرتبة على ترتيب المجلة: العلامة الشيخ أحمد الزرقا، «شرح القواعد =

أما أقسام المجلة فهي ستة عشر كتاباً هي على التوالي:

٣٠/ ١ ـ **كتاب البيوع** وينقسم إلى مقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبيوع ثم سبعة أبواب يعالج **أولها** المسائل المتعلقة بعقد البيع في خمسة فصول تتناول ركن البيع، والإيجاب والقبول، ومجلس البيع، والبيع بالشرط، وإقالة البيع. **وثانيها** يعالج المسائل المتعلقة بالبيع في أربعة فصول تتناول شروط المبيع وأوصافه، وما يجوز بيعه، وما لا يجوز، والمسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع، وبيان المسائل التي تدخل في البيع دون ذكر صريح لها وما لا يدخل. وينقسم **ثالثها** إلى فصلين يعالج الأول المسائل المتعلقة بالثمن ويعالج الثاني المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئة والتأجيل. **ورابع الأبواب** يقع في فصلين ـ أيضاً ـ أولهما: يتناول حق تصرف البائع بالثمن والمشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض، وثانيهما: يتناول التزييد والتنزيل في الثمن والمبيع بعد العقد. ويتناول **الباب الخامس** المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم وكيفيتهما، ثم المواد المتعلقة بحبس المبيع، ثم بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع، يليه شرح ما يتعلق برسوم الشراء ورسوم النظر. ويعالج **الباب السادس** الخيارات المختلفة في سبعة فصول. ثم يعالج **الباب السابع** والأخير في الكتاب الأول أنواع البيع في ستة فصول.

٣٠/ ٢ ـ **الكتاب الثاني يتناول أحكام الإجارات** ويشتمل على مقدمة تتناول المصطلحات الفقهية المتعلقة بالإجارة وثمانية أبواب: **الباب الأول** يعالج الضوابط العمومية لعقد الإجارة. **والباب الثاني** يعالج المسائل المتعلقة بالإجارة في أربعة فصول تتناول على التوالي ركن الإجارة فشروط انعقادها ونفاذها فشروط صحة الإجارة ثم فساد الإجارة وبطلانها. **والباب الثالث** يحتوي على ثلاثة فصول تعالج على التوالي البدلات فالمسائل المتعلقة بلزوم الإجارة وكيفية استحقاق الآجر للأجر فما يصح للأجير أن يحبس المستأجر فيه لاستبقاء الأجرة وما لا يصح. **والباب الرابع** يتناول المسائل التي تتعلق بمدة الإجارة. ويتناول **الباب الخامس** الخيارات. **والباب السادس** في أنواع المأجور وأحكامه

= الفقهية»، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط الأولى، ١٩٨٣.

وفيه أربعة فصول الفصل الأول في بيان ما يتعلق بإجارة العقار من مسائل، وفي الثاني إجارة العروض، ويعالج في الثالث إجارة الدواب، وفي الرابع إجارة الآدمي. **والباب السابع** يتناول ثلاثة فصول أولها يعالج تسليم المأجور، وثانيها يعالج تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد، وثالثها يتناول ما يتعلق برد المأجور وإعادته. **ويتناول الباب الثامن** الضمانات في ثلاثة فصول أولها عن ضمان المنفعة، وثانيها عن ضمان المستأجر، وثالثها عن ضمان الأجير.

٣٠/ ٣ ـ الكتاب الثالث يعالج الكفالة ويبدأ بمقدمة تشرح المصطلحات الفقهية المتعلقة بالكفالة، يأتي بعد ذلك **الباب الأول** في عقد الكفالة وفيه فصلان: أولهما في شرح ركن الكفالة، وثانيهما في شرائط صحة عقدها. ثم **الباب الثاني** في شرح أحكام الكفالة في فصول ثلاثة: أولها في حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة، والفصل الثاني في حكم الكفالة بالنفس، والفصل الثالث في أحكام الكفالة. ثم يعالج **في الباب الثالث** والأخير البراءة من الكفالة في ثلاثة فصول: أولها في ضوابط عمومية، وثانيها في البراءة من الكفالة بالنفس، وثالثها في البراءة من الكفالة بالمال.

٣٠/ ٤ ـ الكتاب الرابع يتناول شرح أحكام الحوالة في مقدمة وبابين يتناول في المقدمة الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة ثم في **الباب الأول** يعالج عقد الحوالة في فصلين أولهما في ركن الحوالة، وثانيها في شروط الحوالة. ثم في **الباب الثاني** يتناول بيان أحكام الحوالة.

٣٠/ ٥ ـ الكتاب الخامس يتناول بالشرح أحكام الرهن في مقدمة وأربعة أبواب ـ وكما هو أسلوب المجلة ـ يتناول في المقدمة المصطلحات الفقهية المتعلقة بالرهن. **والباب الأول** يتناول المسائل المتعلقة بعقد الرهن في ثلاثة فصول يعالج أولها ركن الرهن وثانيها شروط انعقاد الرهن وثالثها زوائد الرهن المتصلة وتبديل الرهن وزيادته بعد عقد الرهن. **والباب الثاني** يتناول أحكام الراهن والمرتهن. **والباب الثالث** يعالج المسائل المتعلقة بالمرهون في فصلين، أولهما يتناول مؤونة المرهون ومصاريفه، وثانيهما في الرهن المستعار. **والباب الرابع** يتناول أحكام الرهن في فصول أربعة، أولها في الأحكام العمومية له، وثانيها في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن، وثالثها في بيان أحكام الرهن

الذي في يد العدل، ورابعها في بيان حكم بيع الرهن.

٦/٣٠ ـ **الكتاب السادس في الأمانات** ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب. والمقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات، **والباب الأول** في بيان الأحكام العمومية المتعلقة بالأمانات. **والباب الثاني** في الوديعة ويشتمل على فصلين أولهما في بيان المسائل المتعلقة بعقد الإيداع وشروطه، وثانيهما في بيان أحكام الوديعة وضمانها. **والباب الثالث** يعالج العارية في فصلين، أولها في المسائل المتعلقة بعقد الإعارة وشروطها، وثانيها في بيان أحكام العارية وضماناتها.

٧/٣٠ ـ **الكتاب السابع في الهبة** ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب، والمقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة. **والباب الأول** في بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبة. **والباب الثاني** في بيان شرائط الهبة. **والباب الثالث** في بيان أحكام الهبة وفيه فصلان: أولهما في حق الرجوع عن الهبة، وثانيهما في هبة المريض.

٨/٣٠ ـ **الكتاب الثامن في الغصب والإتلاف** يشتمل على مقدمة وبابين، المقدمة في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب والإتلاف. **والباب الأول** في الغصب، وفيه ثلاثة فصول: أولها في بيان أحكام الغصب، وثانيها في بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار، والفصل الثالث في بيان حكم غاصب الغصب. **والباب الثاني** في بيان الإتلاف ويحتوي على أربعة فصول: أولها مباشرة الإتلاف، وثانيها في بيان الإتلاف تسبباً، وثالثها في ما يحدث في الطريق العام. ورابعها في جناية الحيوان.

٩/٣٠ ـ **الكتاب التاسع في الحجر والإكراه والشفعة** ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب، المقدمة في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والإكراه والشفعة. **والباب الأول** في بيان المسائل المتعلقة بالحجر وفيه أربعة فصول: أولها في بيان صنوف المحجورين وأحكامهم، وثانيها في بيان المسائل التي تتعلق بالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه، وثالثها في بيان ما يتعلق بالسفيه والمحجور، ورابعها في المسائل المتعلقة بالمديون المحجور. **والباب الثاني** في بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه. **والباب الثالث** في بيان الشفعة وفيه أربعة

فصول: أولها في بيان مراتب الشفعة، وثانيها في بيان شرائط الشفعة، وثالثها في بيان طلب الشفعة، ورابعها في بيان حكم الشفعة.

٣٠/ ١٠ ـ **الكتاب العاشر في أنواع التركات**، وفيه مقدمة وثمانية أبواب. والمقدمة في بيان بعض اصطلاحات فقهية تتعلق بموضوع الكتاب العاشر. **والباب الأول** في بيان شركة الملك وفيه ثلاثة فصول: أولها في تعريف شركة الملك وتقسيمها، وثانيها في بيان كيفية التصرف في الأعيان المشتركة، وثالثها في بيان الديون المشتركة. **والباب الثاني** في بيان القسمة، وفيه تسعة فصول: أولها في تعريف القسمة وتقسيمها، وثانيها في بيان شرائط القسمة، وثالثها في بيان قسمة الجمع، ورابعها في بيان قسمة التفريق، وخامسها في بيان كيفية القسمة، وسادسها في الخيارات، وسابعها في الفسخ والقسمة وإقالتها، وثامنها في بيان أحكام القسمة، وتاسعها في بيان المهايأة. **والباب الثالث** في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران، وفيه أربعة فصول: أولها في بيان بعض قواعد أحكام الملك، وثانيها في حق المعاملات الجوارية، وثالثها في بيان أحكام الطريق وحقوقه، ورابعها في بيان حق المرور والمجرى والمسيل. **والباب الرابع** في بيان شركة الإباحة وفيه سبعة فصول: أولها في بيان الأشياء المباحة وغير المباحة، وثانيها في بيان كيفية استملاك المباح، وثالثها في بيان الأحكام العامة للمباح، ورابعها في بيان حق الشرب والشفعة، وخامسها في بيان ماهية إحياء الموات، وسادسها في بيان تحريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والأشجار المغروسة بالإذن السلطاني في الأراضي الموات، وسابعها في بيان المسائل العائدة إلى أحكام الصيد. **والباب الخامس** في بيان النفقات المشتركة وفيه فصلان: أولهما في بيان تعميرات الأموال المشتركة وسائر مصاريفها، وثانيهما في بيان حق كري النهر والمجاري وإصلاحهما. **والباب السادس** في بيان شركة العقد، وفيه ستة فصول: أولها في بيان شركة العقد وتقسيمها، وثانيها في بيان الشرائط العمومية في شركة العقد، وثالثها في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الأموال، ورابعها في بيان بعض الضوابط المتعلقة بشركة العقد، وخامسها في بيان شركة المفاوضة، وسادسها يتناول حق شركة العنان. **والباب السابع** في حق المضاربة، وفيه ثلاثة فصول: أولها في

تعريف المضاربة وتقسيمها، وثانيها في بيان شروط المضاربة، وثالثها في بيان أحكامها. **والباب الثامن** في بيان المزارعة والمساقاة وفيه فصلان: أولهما في بيان أحكام المزارعة، وثانيهما في بيان أحكام المساقاة.

٣٠/ ١١ ـ الكتاب الحادي عشر ويتناول الوكالة، وفيه مقدمة وأبواب ثلاثة، في المقدمة بيان بعض الاصطلاحات الفقهية. **والباب الأول** في بيان أركان الوكالة وتقسيمها. **والباب الثاني** في بيان شروط الوكالة، **والباب الثالث** في بيان أحكام الوكالة وفيه ستة فصول: أولها في بيان أحكام الوكالة العمومية، والثاني في بيان الوكالة بالشراء، والثالث في الوكالة بالبيع، والرابع في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور، والخامس في حق الوكالة بالخصومة، والسادس في بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل.

٣٠/ ١٢ ـ الكتاب الثاني عشر في الصلح والإبراء وفيه مقدمة وأربعة أبواب، والمقدمة فيها شرح لبعض الاصطلاحات الفقهية. **والباب الأول** في بيان من يعقد الصلح والإبراء. **والباب الثاني** في بيان بعض أحوال المصالح عليه والمصالح عنه وبعض شروطهما. **والباب الثالث** في المصالح عنه وفيه فصلان، أولهما في الصلح عن الأعيان وثانيهما في بيان الصلح عن الدين ذي الطلب وسائر الحقوق. **والباب الرابع** يتناول بيان أحكام الصلح والإبراء وفيه فصلان أولهما عن المسائل المتعلقة بالصلح، والفصل الثاني عما يتعلق بالإبراء من أحكام.

٣٠/ ١٣ ـ الكتاب الثالث عشر يتناول الإقرار ويشتمل على أربعة أبواب. **الأول** في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية. **الثاني** في بيان وجوب صحة الإقرار. **الثالث** في بيان أحكام الإقرار وينطوي على ثلاثة فصول: أولها في الأحكام العامة، ثانيها في بيان نفي الملك والاسم المستعار، وثالثها في بيان ما يتعلق بإقرار المريض. **والباب الرابع** والأخير في بيان أحكام الإقرار بالكتابة.

٣٠/ ١٤ ـ الكتاب الرابع عشر في الدعوى ويشتمل على مقدمة وبابين. المقدمة في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية. **والباب الأول** في شروط الدعوى وأحكامها ودفعها، وفيه أربعة فصول: أولها في بيان شروط صحة الدعوى.

وثانيها في دفع الدعوى. وثالثها في بيان وضع من كان خصماً ومن لم يكن. ورابعها في بيان التناقض. **والباب الثاني** يتناول مسائل مرور الزمن.

٣٠/ ١٥ ـ الكتاب الخامس عشر في البينات والتحليف وفيه مقدمة وأربعة أبواب. المقدمة في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية. **والباب الأول في الشهادة** وفيه ثمانية فصول: الأول في بيان الشهادة ونصابها، والثاني في كيفية أداء الشهادة، والثالث في بيان شروط الشهادة الأساسية، والرابع في بيان موافقة الشهادة للدعوى، والخامس في بيان اختلاف الشهود، والسادس في تزكية الشهود، والفصل السابع في رجوع الشهود عن الشهادة، والفصل الثامن في التواتر. **الباب الثاني** في بيان الحجج الخطية والقرينة القاطعة، وفيه فصلان: الأول في الحجج الخطية والثاني في بيان القرينة القاطعة. **الباب الثالث** في بيان التحليف (أي اليمين). **والباب الرابع** في ترجيح البينات والتحاليف ويشتمل على أربعة فصول: الأول في بيان التنازع بالأيدي (أي وضع اليد أو الحيازة) والثاني في بيان ترجيح البينات، والثالث في القول لمن وتحكيم الحال، والرابع في التحالف (أي اليمين).

٣٠/ ١٦ ـ الكتاب السادس عشر في القضاء ويقع في مقدمة وأربعة أبواب. والمقدمة في بيان بعض المصطلحات الفقهية. **والباب الأول** في الحكام (أي القضاة) ويقع في أربع فصول: الأول في بيان أوصاف الحاكم، والثاني في بيان آداب الحاكم، والثالث في بيان وظائف الحاكم، والرابع في صورة المحاكمة. **والباب الثاني** في الحكم وفيه فصلان: الأول في شروط الحكم، والثاني في بيان الحكم الغيابي. **والباب الثالث** في رؤية الدعوى بعد الحكم (أي العودة لسماعها). **والباب الرابع** في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم.

٣٠/ ١٧ ـ وهكذا تقع المجلة في ستة عشر كتاباً، تتضمن أربعة وستين باباً، ومئتي وعشرة فصلاً وألفاً وثمانمئة وإحدى وخمسين مادة.

٣١ ـ يتبين من العرض السابق للمواضيع التي تناولتها المجلة ولكيفية إفراغها للمضامين في أشكالها التي صدرت بها ما يأتي:

٣١/ ١ ـ نظمت المجلة موضوعاتها كتباً فأبواباً ففصولاً فمباحث. ثم وضعت مختلف النصوص في مواد مرقمة ومسلسلة، وذلك يجعلها قانوناً

مكتوباً يرقى لمرتبة القوانين التي سادت في تلك الفترة من الزمن. «فهي من ناحية وضوح بنيتها الداخلية من حيث الأسلوب المنهجي الذي عولجت به مختلف المسائل فيها ومن حيث دقة صياغتها، تبرز بوصفها نظيراً إسلامياً مناسباً للقانون النابليوني وتجلياته المختلفة»[١].

٢/٣١ ـ «خرجت المجلة أحياناً عن تصنيف كتب الفقه، فعقد المضاربة تعالجه المجلة في الباب السابع تحت كتاب الشركات رغم كون أغلب كتب الفقه تدرجه في غير ذلك الموضع، فقد ارتأى واضعو المجلة أن من حسن التبويب والتنظيم وضعه مع مختلف الشركات، فالمضاربة شركة تتكون من مال أحد الشريكين وجهد يبذله الآخر»[٢].

٣/٣١ ـ يدل على عمق إدراك واضعي المجلة للطبيعة المزدوجة للبيئة القضائية أنهم قدموا لكل موضوع بمقدمة اشتملت على مجموعة من التعريفات التي تيسر على المتعامل مع المجلة فهم الموضوع من الناحية الفقيهة بمختلف أبعاده.

٤/٣١ ـ استهل واضعو المجلة موضوعاتها بمقدمة اشتملت على جزئين، أحدهما في تعريف الفقه واشتمل الآخر على ما يمكن أن نطلق عليه قواعد تفسيرية لسائر مواد المجلة وهي القواعد الفقهية، وكان ذلك إدراكاً لطبيعة الواقع التي قد تضطر القاضي للعدول عما في نصوص المجلة الموضوعية فيجد في القواعد متسعاً ومنفذاً، وللقواعد الفقهية أكثر من دور على الصعيد الفقهي والتشريعي والقضائي فهي آلية تشريعية، يستخدمها المشرع بما يمنح القاضي فرصة للخروج على النصوص الجامدة؛ وهي آلية قضائية، يستخدمها القاضي فتفتح أمام قضائه آفاقاً أرحب يتحرك فيها بما يناسب الدعاوى التي أمامه ولا يصبح معها حبيساً لقوالب صلدة هي النصوص القانونية؛ وهي أداة يستخدمها الفقيه والمفتي في البحث والإفتاء والاجتهاد، كما قيل عنها بحق:

(١) «تاريخ الدولة العثمانية»، لروبر مانتران، الجزء الثاني ص٨٩.
(٢) العلامة الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، ط ١٩٦٧م، ص١٩٩.

١ ـ إن هذه القواعد كان لها دور ملحوظ في تيسير الفقه الإسلامي، ولم شعثه بحيث تنتظم الفروع الكثيرة في سلك واحد متسق تحت قاعدة واحدة.

٢ ـ . . . . .

٣ ـ . . . . .

٤ ـ تيسر للباحثين تتبع جزئيات الأحكام والمستخرجات من موضوعاتها المختلفة وحصرها في موضوع واحد مع مراعاة الاستثناء من كل قاعدة، وبذلك يتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة.

٥ ـ . . . . .

٦ ـ . . . إن الإلمام بالقواعد أمر مقدور، يمهد الطريق للإلمام بفروع الفقه المنتشر، فهو إذا قال: إن العبرة في العقود بالمعاني أغناه ذلك مثلاً أن يقول: إن البيع ينعقد بكل ما يدل على ملك الأعيان بعوض، والإجارة تنعقد بكل ما يدل على ملك المنافع بعوض، والهبة تنعقد بكل ما يدل على ملك العين بلا عوض. وإذا قال: من أتلف شيئاً فعليه ضمانه فإنه أغناه ذلك عن إيراد جزئيات كثيرة مما يتحقق فيه الإتلاف والضمان»[1].

وهذا بالإضافة إلى ما تعبر عنه هذه القواعد من فقه أخلاقي وهو ما تتميز به الشريعة الإسلامية، عن الشرائع الوضعية.

٣١/٥ ـ وقد عالجت المجلة بالإضافة إلى موضوعات القانون المدني المتعارف عليها اليوم، موضوعات تندرج تحت قانون المرافعات في الكتاب الأخير الخاص بالقضاء وفيه تناولت المجلة أنواع الأحكام وصفة القاضي ووظائفه وكذلك التحكيم باعتباره قضاءً بديلاً، وهي جميعاً من مسائل قانون المرافعات، وهذا يعكس اتجاه اللجنة إلى تقنين باقي فروع القانون، ولكن حلها عام ١٨٨٨م حال دون ذلك.

٣١/٦ ـ اتبعت المجلة في تبويب وترتيب كتبها الستة عشر الترتيب المتبع في كتب الفقه الحنفي، وإن خالفت في ترتيب بعض الفصول منهج كتب الفقه، وقد تحدثنا عن ذلك فيما تعلق بعقد المضاربة.

---

(١) أحمد الندوي، «القواعد الفقهية»، الطبعة الثانية سنة ١٩٩١م، ص٢٩٠ ـ ٢٩٢.

المطلب الثالث
أهم شروح المجلة

فيما سبق تبينت الدراسة أهم الملاحظات على تبويب المجلة، لننتقل إلى حديث وجيز عن شروحها، فقد «حركت المجلة المياه الآسنة في نهر الفكر، وبعثت حركة نشطة بدأت بشروح متعددة للمجلة، وصل عددها ما بين مخطوط ومطبوع إلى أكثر من مائة شرح»(١).

وأهم هذه الشروح ما يأتي:

٣٢ ـ شرح العلامة سليم باز(٢):

ـ الشارح سليم رستم باز، لبناني، كان عضواً في شورى الدولة العثمانية، ورئيساً لمحكمة قضاء البترون.

ـ وقد تناول نصوص المجلة بالشرح والإيضاح وكما قال في مقدمة شرحه: «. . . غير أنه لضيق إطاره ـ الإشارة هنا لكتاب المجلة ـ لم يحو إلا القليل من المسائل فبعد أن قرأته مراراً قراءة إمعان وأتقنت فهم مسائله غاية الإتقان ألفيته لا يستغني عن الشرح والإيضاح وتبيان مسائله بنظائرها من جواهر الأقوال الصحاح»، وقد أورد الشارح كل نص ثم أتبعه بشرحه وملاحظاته عليه.

ـ ولشرح سليم باز أهمية خاصة فقد عرض على رئيس اللجنة التي وضعت المجلة أحمد جودت باشا فأقره سنة ١٣٠٧هـ.

لذا يعتبر هذا الشرح ذا مصداقية خاصة، وقد طبع في حياة واضعه مرتين أولهما عام ١٨٨٨م، وأعد الطبعة الثالثة ولم يمهله القدر، فطبعها ورثته وصدرت عام ١٩٢٣م.

---

(١) دكتور محمد كمال إمام، «نظرية الفقه في الإسلام»، طبعة ١٩٩٨م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ص٣٠٧.

(٢) سليم رستم باز، «شرح المجلة»، الطبعة الثالثة، المطبعة الأدبية، ١٩٢٣.

٣٣ ـ شرح أبو السعود أفندي:

وقبل شرح سليم باز وجد شرح مختصر جداً كما وصفته بعض الكتب اسمه مرآة المجلة مؤلفه هو أبو السعود أفندي، وهو مفتي قصرى، وكتب بالعربية على المتن التركي وطبع عام ١٨٨١م.

٣٤ ـ شرح علي حيدر[١]:

- وكان الشارح يشغل منصب الرئيس الأول لمحكمة التمييز وكان أيضاً أمين الفتيا ثم وزير العدلية في الدولة العثمانية، وأخيراً مدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة.
- والشرح صدر باللغة التركية ثم عربه الأستاذ المحامي فهمي الحسيني اللبناني. وطبعت أجزاؤه بين عام ١٩٢٥ وعام ١٩٣٦ في فلسطين والقاهرة.
- وقد درس هذا الشرح في كليات الحقوق المختلفة.
- وله كتاب آخر شهير عنوانه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.
- واسم شرحه «درر الحكام شرح مجلة الأحكام».

٣٥ ـ شرح الغزي[٢]:

- والشارح محمد سعيد مراد الغزي أستاذ الشريعة في معهد الحقوق السوري (قبل أن يصبح كلية الحقوق).
- والشرح اكتمل عام ١٩٢١م، وأولى أجزائه صدرت عام ١٩١٩م، ويقع الشرح في ثلاثة أجزاء.
- وقد درس هذا الشرح في معاهد الحقوق السورية.
- اسم شرحه «شرح كتاب الأدلة الأصولية في شرح مجلة الأحكام العدلية في قسم الحقوق المدنية».

---

(١) راجع علي حيدر، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام»، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص٦٣٨ ـ ٦٤٧.

(٢) راجع محمد سعيد مراد الغزي، «الأدلة الأصلية الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية»، ص٥٣٢ ـ ٥٤١.

٣٦ ـ شرح الأتاسي:

- وهو شرح اشترك في تأليفه شخصان من أسرة الأتاسي. أولهما هو مفتي حمص العلامة محمد خالد الأتاسي. وثانيهما ولده وهو مفتي حمص من بعده محمد طاهر الأتاسي.
- وقد طبع أول ما طبع في حمص بين عامي ١٩٣٠ و١٩٣٧م.
- وقد قام الأول بالشرح «مبتدأ من كتاب البيوع إلى المادة (١٧٠٠)» ثم قام محمد طاهر الأتاسي «بإتمام ما بقي وهو نحو مائة وخمسين مادة مع شرح القواعد الكلية»[١].
- وقد صدر هذا الشرح في ستة أجزاء.

٣٧ ـ شرح المحاسني[٢]:

- الشارح هو محمد سعيد المحاسني، وهو أستاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق.
- وشرحه صادر سنة ١٩٢٧م.
- وهو «من أجود الشروح الحديثة، لطيف في أسلوبه سهل رشيق»[٣].
- وقد درس هذا الشرح في معهد الحقوق بدمشق.
- وله كتاب آخر في شرح المجلة عنوانه: «موجز في القانون المدني».

٣٨ ـ شرح منير القاضي[٤]:

- والشارح أستاذ الحقوق في كلية الحقوق ببغداد ثم عميدها لاحقاً.
- وشرحه يقع في خمسة أجزاء وصادر عام ١٩٤٩م.

---

(١) راجع «شرح المجلة» للأتاسي، المكتبة الجيبية، باكستان.

(٢) انظر: محمد سعيد المحاسني، «شرح مجلة الأحكام العدلية»، مطبعة الرقي بدمشق، سنة ١٩٢٧م.

(٣) أحمد الندوي، «القواعد الفقهية»، دار القلم، ط الثالثة، سنة ١٩٩٤م.

(٤) منير القاضي، «شرح المجلة»، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، سنة ١٩٤٨م، وزارة المعارف العراقية، بغداد.

- وهو مرتب بالمواضيع لا بالمواد المرقمة خلاف شرح سليم باز.

٣٩ ـ كتاب آية الله محمد الحسين آل كاشف الغطاء[1]:

- وهو الكتاب المسمى «تحرير المجلة» والمشهور بالشرح الشيعي.
- وشارحه كان أستاذاً للحقوق بكلية حقوق بغداد.
- ويتميز كتابه عن غيره بأنه:

١ ـ لم يتناول جميع نصوص المجلة بالشرح والتعليق.

٢ ـ وكما قال في مقدمة كتابه: «بينا ما ينطبق منها ـ أي المجلة ـ على مذهب الإمامية وما يفترق...» فهو قد قارن في مواضع كثيرة بين موقف ورأي المجلة ونظيره في الفقه الجعفري.

٣ ـ وأهم ما يميز كتابه وضعه لنصوص منظمة لأمور الأحوال الشخصية.

- طبع هذا الشرح قبل وفاة واضعه عام ١٣٥٩هـ، وأعيد طبعه بعد عام ١٣٩٠هـ بالاتفاق مع نجله.

والواقع أن هناك كثيراً من الشروح الأخرى التي لم تقع تحت يدنا، ولا تنعقد الأهمية للشروح الكاملة فقط، ولكن هناك بعض الشراح الذين اكتفوا بشرح القواعد الفقهية فقط دون غيرها، ولشروحهم أهمية كبرى في بيان دور هذه القواعد وأهميتها في الفقه الإسلامي، وأهم هذه الشروح:

١ ـ شرح العلامة الشيخ أحمد الزرقا، وصدرت طبعته الثانية عام ١٩٨٩م عن دار القلم بدمشق، وعنوان كتابه «شرح القواعد الفقهية»؛ وقد شرح فيه قواعد المجلة التسع والتسعين وزاد عليها ابنه العلامة الشيخ الدكتور مصطفى الزرقا في طبعة الكتاب الثانية بعض القواعد الأخرى.

٢ ـ شرح الندوي للقواعد لمؤلفه أحمد الندوي، وصدرت طبعته الثانية عام ١٩٩١م، ثم صدرت طبعته الثالثة عام ١٩٩٤م عن دار القلم، دمشق؛ وقد تناول فيه التعريف بالقواعد الفقهية وتمييزها عن غيرها في مبحث هام

(١) انظر: محمد الحسين آل كاشف الغطاء، «كتاب تحرير المجلة»، ط ١٣٥٩هـ، العراق.

هو القسم الأول من كتابه، وجمع في شرحه للقواعد بين ما جاء في المجلة وبين غيره.

كذلك قام العديد من الفقهاء بتدريس المجلة في الجامعات العربية، ولعل أكثرهم شهرة هو الإمام الشيخ محمد عبده الذي درسها عام ١٨٨٦م في المدرسة السلطانية ببيروت[١].

---

(١) انظر: «الأعمال الكاملة للإمام الشيخ محمد عبده»، تحقيق وتقديم الدكتور محمد عمارة، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣، ص٣١.

المبحث الثاني

منهج المجلة في التقنين وتقويمه

لابد من النظر لمنهج المجلة التقنيني في ضوء عدة أمور هي:

١ ـ المذهب الرسمي للدولة العثمانية هو المذهب الحنفي[١].

٢ ـ العمل في القضاء الرسمي للدولة كان وفقاً للمذهب الحنفي.

٣ ـ كان علم القضاة الشرعيين الأساسي بالمذهب الحنفي، وهو ما سار عليه العمل منذ تبنته الدولة مذهباً رسمياً لها.

٤ ـ كان عمل اللجنة هو العمل الأول من نوعه في تاريخ الفقه الإسلامي، فلم يسبقهم إلى ذلك أحد. فكان منهجهم في التقنين هو اجتهادهم المطلق المبني على معرفتهم السابقة بالأساليب الحديثة في التقنين وبالشرع الإسلامي.

٥ ـ كان الغرض الأساسي، كما بيّن التقرير المرفوع للصدر الأعظم، من وضع المجلة هو نفي التضارب الواقع في الأحكام بسبب ازدواجية النظام القضائي والازدواجية التشريعية؛ فكان عليهم عدم التوسع في الأخذ من غير المذهب الرسمي كي يسهل على قضاة غير المحاكم الشرعية الفهم والتعامل مع

---

(١) يرى الدكتور عمر سليمان الأشقر في كتابه «تاريخ الفقه الإسلامي»، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٢م: «أن تبني المذهب الرسمي أول مرحلة أو خطوة في تاريخ تدوين الفقه في البلاد العثمانية. وكانت المرحلة الثانية هي الجمع الاختياري لأحكام المذهب وممن اهتم بهذا الجمع السلطان العثماني سليمان الأول المعروف بسليمان الكبير أو القانوني، فقد أمر هذا السلطان شيخ الإسلام أبا السعود بجمع القوانين التي أصدرها، مرتبها في المجموعة المعروفة بقانون نامه وكان ذلك في منتصف القرن السادس عشر...»، ص١٠٨٣.

النص كي لا يزيدوا من مشاكل المؤسسة القضائية، كذلك كان لابد لهم من التقريب بين النص القانوني ولغته ولغة كتب الفقه وأسلوب صياغتها ليتمكن القضاة الشرعيون من التعامل مع القوالب القانونية الجديدة.

ومع استصحاب هذه المسائل الخمس نستطيع تلخيص النظر في منهج المجلة في التقنين في مطالب نخصص أولها لدراسة مصدر نصوص المجلة، ونخصص الثاني لدراسة مسألة «التلفيق بين المذاهب»، ونخصص المطلب الثالث لعرض محاولة تعديل المجلة بالأخذ من مذاهب أخرى، ونخصص المطلب الرابع لبعض الملاحظات على منهج التقنين الذي اتبعته المجلة، وفي المطلب الخامس نناقش المنهج الشكلي للمجلة وأهم الملاحظات عليه، وفي المطلب السادس، والأخير، نتناول مجال تطبيق المجلة زماناً ومكاناً ومآلها.

المطلب الأول
مصدر نصوص المجلة

٤٠ ـ المذهب الحنفي هو الأصل:

اختيرت نصوص مجلة الأحكام العدلية من الفقه الإسلامي، وبالتحديد من الفقه الحنفي، واتبعت اللجنة في ذلك منهجاً معيناً تمثل في أصل واستثناء. فأما الأصل فقد أشار إليه التقرير المرفوعة به المجلة إلى الصدر الأعظم بما نصه «. . . بادرنا إلى ترتيب مجلة مؤلفة في المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية، مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها. . .».

وأما الاستثناء فيتمثل فيما نص عليه ـ أيضاً ـ التقرير السابق نفسه معللاً ما استقرت عليه نصوص المجلة في شأن شروط البيع من أنه: «. . .مست الحاجة في تيسير معاملات العصر إلى اختيار قول ابن شبرمة الخارج عن المذهب الحنفي. . .».

ـ ونص التقرير ذاته في موضع آخر على أنه: «. . . بناء على عرف الناس لزم اختيار قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا مراعاة لمصلحة الوقت. . .».

وقد ظهرت تطبيقات هذا الاستثناء في مواضع عدة لأسباب مختلفة، منها:

٤٠/١ ـ معالجة المجلة للشروط، فلفقهاء المذهب الحنفي آراء كثيرة في هذا المجال تراوحت بين من منع الشرط مطلقاً عند من يرون أن دخول الشرط على العقد يفسد العقد والشرط، وبين إبطال الشرط دون العقد. وكان رأي ابن شبرمة بجواز الشروط مطلقاً، فأخذت به المجلة لما رأته من حاجة المجتمع إليه وصلاح الحال به دون غيره[١].

٤٠/٢ ـ يرى الرأي الراجح في المذهب الحنفي أن أطول مدة خيار الشرط عند الإمام أبي حنيفة هي ثلاثة أيام، أما عند الإمامين أبي يوسف ومحمد فعلى قدر ما شرط المتعاقدان. وهذا هو الرأي الذي استقرت عليه نصوص المجلة لما في ذلك من إطلاق لحرية المتعاقدين. ولذات السبب أخذت برأي الإمام محمد بن الحسن في عدم تقييد خيار النقد بمدة محددة.

٤٠/٣ ـ بيع المعدوم غير جائز على أرجح أقوال المذهب، وجوزه الإمام محمد بن الحسن. والمعدوم هنا كالمحاصيل التي لم تظهر بعد لتدرجها في الظهور، فأجاز الإمام محمد البيع بجعل المعدوم تبعاً للظاهر، وبه أخذت المجلة. وعلل تقريرها ذلك بقوله: «إن إرجاع الناس عن عادتهم المعروفة عندهم غير ممكن، كما أن حمل معاملتهم بحسب الإمكان على الصحة أولى من نسبتها إلى الفساد...».

٤١ ـ فالمجلة أخذت بأصل تشريعي هو اتباع أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، وخرجت عن هذا الأصل عندما وجدت أن الحاجة الاجتماعية أو التيسير على الرعية يستدعي ذلك.

٤٢ ـ انتقاد التقيد بمذهب واحد:

اقتصار المجلة على الأخذ من المذهب الحنفي فقط كأصل عام سارت عليه في الأغلب الأعم من نصوصها جعلها عرضة لنقد كثير من الفقهاء

---

(١) قارن: صبحي محمصاني، «فلسفة التشريع في الإسلام»، ط ٢، سنة ١٩٥٢، وراجع مبحث الشروط في رسالة الدكتور جمال الدين محمود، «سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي»، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٣٧٨ وما بعدها.

والقانونيين. فالأخذ بمذهب واحد من مذاهب الفقهاء يضيق في الغالب عن الوفاء بالحاجات الاجتماعية والفردية: «فالمذهب الاجتهادي الواحد مهما اتسع بأصوله وفروعه وتشعب نظرياته وتخريجاته لا يمكن أن يكفي الأمة في حاجاتها التشريعية المتجددة»[1]. نعم إن المذهب الحنفي من أكبر الأبنية التشريعية في الفقه الإسلامي، لكن هذا لا يقلل من شأن المذاهب الفقهية الأخرى المدونة أو المذاهب الأخرى غير المدونة، والآراء الفقهية المختلفة للصحابة ومن بعدهم من التابعين وأتباع التابعين كابن أبي ليلى وابن شبرمة والليث ابن سعد والحسن البصري. وهي آراء لها وزنها وثقلها الفقهي، سواء بسواء، مع المذاهب المدونة التي اشتهرت بأتباعها.

المطلب الثاني
الجمع بين أحكام فقهية من مذاهب عدة

٤٣ ـ التخير من المذاهب في ميزان الفقه:

وقضية التخير من المذاهب لإلزام القضاء بمذهب واحد أثارت نقاشاً في العصر العباسي ـ أشرنا له من قبل ـ وفي العصر الحديث أثار التلفيق أو التخير من جميع المذاهب لوضع التشريع جدلاً واسعاً[2] أيضاً. فهناك من هاجم هذا المنهج مطالباً باعتماد مذهب واحد يسير عليه العمل القضائي والاختيار التشريعي، وهناك من يرى التوسعة على الأمة بوضع كل المذاهب المدونة وغير المدونة تحت عين المشرع يختار منها الأكثر مناسبة، ويكون أساس الاختيار قوة الدليل لا انبعاث الرأي أو نسبته لمدرسة مذهبية معينة دون الأخرى. وهذا هو التخير من المذاهب أو التلفيق كما يطلق عليه بعض الفقهاء[3].

---

(١) «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، العلامة الشيخ مصطفى الزرقا، ص١٦١.

(٢) انظر بحث فضيلة الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري بعنوان «التلفيق بين أحكام المذاهب»، منشور في موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، القاهرة سنة ١٣٨١هـ، ص٧٦ ـ ٩٠، وفيه ميز فضيلة الشيخ بين أنواع التلفيق المختلفة: (التلفيق في الاجتهاد ـ التلفيق في التقليد ـ والتلفيق في التشريع).

(٣) أيضاً أثارت مسألة تخير المقلد من آراء المذاهب جدلاً واسعاً بين الفقهاء، انظر في =

وهم يعرِّفونه بأنه: «تخير ولي الأمر من أحكام مختلف المذاهب الفقهية المعتبرة مجموعة من الأحكام لتكون قانوناً يقضي ويفتي به بين من يخضعون له»[1].

فالمشرع بتخيره من المذاهب يتخير تخير مقلد، أما إذا وجد من الحوادث ما يستوجب استنباط حكم جديد له، فهنا يكون المشرع بمنزلة المجتهد ولابد عندها من تحقق شروط الاجتهاد له ويخرج الأمر عندها عن نطاق التخير ليدخل في نطاق استنباط الأحكام اجتهاداً.

٤٤ ـ خلاصة رأي المذاهب الأربعة:

ولقد لخص الدكتور وهبة الزحيلي أقوال علماء المذاهب الأربعة السنية في إباحة التلفيق على النحو التالي[2]:

١/٤٤ ـ الأحناف:

قال الكمال بن الهمام وتلميذه ابن أمير الحاج في التحرير وشرحه: إن المقلد له أن يقلد من شاء، وأن يأخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد أخف عليه، لا أدري ما يمنعه من النقل أو العقل، وكون الإنسان يتتبع ما هو الأخف عليه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد، ما علمت من الشرائع مذمة عليه، وكان ﷺ يحب ما خف عن أمته. وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ما يفيد أن في «منية المفتي» ما يفيد جواز الحكم المركب، وأن القاضي الطرطوسي (المتوفى سنة ٧٥٨هـ) مشى على الجواز.

وأفتى مفتي الروم أبو السعود العمادي (المتوفى سنة ٩٨٣هـ) في فتاويه بالجواز. وجزم ابن نجيم المصري (المتوفى سنة٩٧٠هـ) في رسالته (في بيع

= تفصيل ذلك: وهبة الزحيلي، محمد فرج السنهوري، في المرجعين السابقين، وعبد الرحمن قلهود، في بحثه: التلفيق بين أقوال المذاهب، منشور ضمن أبحاث المجلد التمهيدي لموسوعة جمال عبد الناصر، وزارة الأوقاف، ١٩٦١، ص٩١ ـ ٩٨.

(١) بحث الشيخ محمد فرج السنهوري، المرجع السابق، ص٨٧.

(٢) «الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب»، دكتور وهبة الزحيلي، ط ١٩٧٨م، ط الأولى، سوريا، ص٣٦ ـ ٣٩.

الوقف بغبن فاحش) بأن المذهب جواز التلفيق، ونقل الجواز عن الفتاوى البزازية. وذهب أمير بادشاه (المتوفى ٩٧٢هـ) إلى جواز التلفيق بكل قوته. وألف مفتي نابلس منيب أفندي رسالة في التقليد عام ١٣٠٧هـ، أيد فيها التلفيق مطلقاً، وقال عنها فقيه عصره الشيخ عبد الرحمن البحراوي: «إن المؤلف قد بين الحق على الوجه الصحيح».

الخلاصة أن الشائع المشهور أن التلفيق باطل، لكن العلماء على خلاف ذلك بأنه جائز بأدلة كثيرة ناطقة على صحته.

٢/٤٤ ـ المالكية:

الأصح والمرجح عند المتأخرين من فقهاء المالكية هو جواز التلفيق فقد صحح الجواز ابن عرفة المالكي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير، وأفتى العلامة العدوي بالجواز، ورجح الدسوقي الجواز ونقل الأمير الكبير عن شيوخه أن الصحيح جواز التلفيق وهو فسحة.

٣/٤٤ ـ الشافعية:

منع بعضهم كل صور التلفيق واقتصر بعضهم على حظر حالات التلفيق الممنوع، وأجاز آخرون التلفيق إذا جمعت في المسألة شروط المذاهب المقلدة.

٤/٤٤ ـ الحنابلة:

نقل الطرطوسي أن القضاة الحنابلة نفذوا الأحكام الصادرة بالتلفيق»[١].

---

(١) عرضنا لآراء العلماء المؤيدة للتلفيق أو التخير، لأنه الرأي الذي تقف مؤيدة له هذه الرسالة. ولمزيد من التفاصيل عن التفرقة بين التقليد المذموم الذي عبر عنه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: «هو الأخذ في مسألة واحدة برأي أو أكثر فتكون النتيجة الوصول إلى حقائق مركبة لا يجيزها أو يقرها أي مذهب سواء المأخوذ منه أو الملفق له» وغيره من أنواع التقليد. راجع بحث العلامة محمد سعيد الباني، «عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق»، طبعة المكتب الإسلامي، ص٩١ ـ ١١٤.
ـ ونحن لا نذهب مع من ذهب إلى التفرقة بين لفظي التخير والتلفيق، فالمذموم هو النهج المغلوط فيهما وليس المسمى.

٤٥ ـ آراء العلماء المعاصرين:

والفقهاء المعاصرون يرون العمل بالتخير من المذاهب توسعة على الأمة وتيسيراً عليها، على رأس هؤلاء:

١/٤٥ ـ الشيخ الإمام محمد عبده:

دعا الشيخ محمد عبده بعد أن تولى منصب مفتي الديار المصرية إلى وضع تشريعات مستمدة من الشريعة الإسلامية وعدم التقيد في ذلك بمذهب واحد أو بمدرسة بعينها[١]. وقد تبنى دعوته هذه كثير من تلامذته أمثال الشيخ رشيد رضا ومن لحقه كالشيخ مصطفى المراغي شيخ الجامع الأزهر، فنجده يقول في افتتاح جلسات اللجنة التي نيط بها وضع قانون جديد للأحوال الشخصية: «... قد منحت الحرية لهذه اللجنة في تخير الأحكام من مذاهب فقهاء الإسلام.. ففي كتب الفقه من الآراء والمذاهب ما فيه شفاء للناس إذا أحسن التخير وصدقت النية وصحت العزيمة»[٢].

٢/٤٥ ـ العلامة الشيخ محمد مصطفى شلبي:

يرى الشيخ محمد مصطفى شلبي ذلك أيضاً. فعنده أن التيسير على الأمة ومقتضيات الحال ترجح الأخذ في التقنينات بآراء كل المذاهب الإسلامية عن طريق التخير؛ ويقول في خروج قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م عن الأخذ بالمذاهب الأربعة فقط وأخذه برأي للإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في الطلاق المعلق والمقترن بعدد: «وبهذا انفتح أمام المشرعين أبواب التجديد والخروج عن دائرة المذاهب الأربعة إلى المذاهب الأخرى»[٣].

---

(١) دكتور محمد كمال إمام، «في منهجية التقنين دراسة وثائقية تأصيلية»، ط ١٩٩٤م، ص٦٨.

(٢) المستشار عبد الحليم الجندي، «نحو تقنين جديد للمعاملات والعقوبات في الفقه الإسلامي»، ط ١٩٧٣م، ص٥٦.

(٣) العلامة الشيخ محمد مصطفى شلبي، «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي»، ط سنة ١٩٨٦م، ص١٦٠.

٣/٤٥ ـ العلامة الشيخ مصطفى الزرقا:

يرجح هذا المنهج ـ التخير ـ على سواه قائلاً: «... ليس من المحتم أن يأخذ كل قطر مذهب أحد المجتهدين بكامله، بل يمكن أن يؤخذ من قواعد كل مذهب وأحكامه ما يرى أنه الأليق بالمصالح الزمنية»[١].

٤/٤٥ ـ الدكتور يوسف القرضاوي:

ويرى الدكتور يوسف القرضاوي ذات الرأي، وقد اتبعه إبان وضعه لكتابه الأم في الزكاة، فقد كتب في مقدمته قائلاً: «... حررت نفسي من ربقة التمذهب والتقليد، فإنه أمر مستحدث لم يعرفه سلف الأمة وقد نهى الأئمة أنفسهم عن تقليدهم، ومن قلد فقيهاً في مسألة وإن ظهر ضعف دليلها أو خطؤه فكأنما اتخذه شارعاً، وفي التقليد إبطال العقل ومنفعته كما قال ابن الجوزي»[٢].

المطلب الثالث
محاولات تعديل المجلة

٤٦ ـ ظهور الحاجة إلى تعديل المجلة بالأخذ من المذاهب الأخرى:

بعد مضي عدة عقود على تطبيق المجلة تبينت عدم كفاية المذهب الحنفي وحده لخدمة الأمة، ولتغيير ذلك الواقع شكلت لجنة عام ١٩٢٠م لتطوير المجلة وتعديل نصوصها ونيط بها الأخذ من سائر المدارس الفقهية في سبيل القيام بمهمتها، ولم تتم اللجنة عملها بسبب الاضطراب السياسي الذي أحاط بالدولة العثمانية في ذلك الوقت. ثم عام ١٩٢٣م شكلت لجنة أخرى لوضع قانون مدني جديد يستفيد من الفقه الإسلامي والفقه الغربي، وكان ذلك قبل قيام الثورة بقيادة كمال أتاتورك، وبقيام الثورة وئدت كل الجهود لتطوير المجلة أو لوضع قانون مدني على أسس شرعية بإصدار الدولة التركية قانونها المدني

(١) الشيخ مصطفى الزرقا، «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، المرجع السابق، ص٢٠٧.

(٢) دكتور يوسف القرضاوي، «فقه الزكاة»، الطبعة السادسة عشر، الجزء الأول، المقدمة.

الجديد المأخوذ عن نظيره السويسري عام ١٩٢٧م وبإلغاء العمل بالمجلة قبل ذلك عام ١٩٢٦م.

٤٧ ـ صدور قانون العائلة سنة ١٣٣٦هـ:

وقبل إنشاء اللجنتين المذكورتين صدر قانون العائلة عام ١٣٣٦هـ الموافق عام ١٩١٧م، وقد تدارك واضعوه الخطأ المنهجي الذي وقع فيه واضعو المجلة بأن أخذوا من المذاهب المختلفة. وقد ظل قانون العائلة مطبقاً في الشرق العربي لأمد طويل بعد القضاء على الخلافة، حيث ما زالت بعض أجزائه مطبقة إلى اليوم في لبنان بموجب نظام المحاكم الشرعية الصادر عام ١٩٤٢م ثم الصادر عام ١٩٦٢م، وظل قانون العائلة مطبقاً في سوريا حتى عام ١٩٥٣م حيث ألغي بصدور قانون الأحوال الشخصية السوري.

أما في الأردن فقد صدر عام ١٩٢٧م قانون للعائلة أخذ كثيراً من أحكامه عن قانون العائلة العثماني، ثم عطل بقانون حقوق العائلة الصادر عام ١٩٥١م، والذي أخذ الكثير من أحكامه أيضاً عن قانون العائلة العثماني.

ويرجع نجاح هذا القانون إلى أن واضعيه «... لم يقتصروا على المذهب الحنفي وإنما تعدوه في بعض المسائل وأخذوا بغيره من المذاهب الأخرى، ولذلك قالوا: بفساد زواج المكره وبطلان طلاقه»[١].

وقد كان لهذا صداه على صعيد الدول الإسلامية المختلفة، وعلى رأسها مصر[٢].

---

(١) د. عبد الرحمن الصابوني ود. خليفة بابكر ود. محمود طنطاوي، «المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي»، ص٣٦٦.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: دكتور كمال إمام، «في منهجية التقنين».

وانظر: صبحي محمصاني، «الأوضاع التشريعية في البلاد العربية»، ط الثالثة، دار العلم للملايين، سنة ١٩٦٤م، ص٢٦٨ ـ ٢٧٩.

وانظر: أحمد إبراهيم بك، «أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون»، ط الأولى المنقحة، سنة ١٩٩٤م.

٤٨ ـ التخير من المذاهب في التشريع المصري:

في مصر ظل العمل في قوانين الأحوال الشخصية على الراجح في المذهب الحنفي حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ـ بعد صدور قانون العائلة العثماني بثلاث سنوات ـ ليأخذ بآراء الإمام مالك في نفقة المعتدة وغيرها من الأمور. وفي عام ١٩٢٣م صدر القانون رقم ٥٦ الذي حدد سن الزواج خارجاً بذلك عن فقه المذاهب السنية الأربعة. وتتابعت القوانين بعد ذلك آخذة من جميع المذاهب فامتد بصرها إلى خارج دائرة المذاهب الأربعة، ومن هذه القوانين:

عام ١٩٢٩م القانون رقم (٥٢) الخاص بتنظيم أمور الأحوال الشخصية.

عام ١٩٤٣م القانون رقم (٧٧) الخاص بتنظيم المواريث.

عام ١٩٤٦م القانون رقم (٤٨) الخاص بأحكام الوقف.

عام ١٩٤٦م القانون رقم (٧١) الخاص بتنظيم أحكام الوصية.

٤٩ ـ التخير من المذاهب في الدول العربية الأخرى:

صدر في سوريا قانونها الجديد للأحوال الشخصية عام ١٩٥٣م الذي عطل العمل بقانون العائلة العثماني آخذاً من أكثر من مذهب، سائراً في ذلك على نهج سلفه.

وقد تكرر النموذج نفسه في **العراق** فقانونها الصادر عام ١٩٥٩م والذي عطل العمل بقانون العائلة العثماني نهج ذات النهج. ثم **في الأردن** حيث سار قانون العائلة الصادر عام ١٩٢٧م ثم قانون العائلة الصادر عام ١٩٥١م على ذات المنهج.

٥٠ ـ شيوع منهج التخير من المذاهب المختلفة:

هذا المنهج الذي تواتر العمل عليه الآن في التشريعات المختلفة في أرجاء الوطن العربي، يدل أوضح الدلالة على أن المذهبية قد ترجح في سلوك الفرد ـ لعدم الوقوع في دائرة التخير المذموم أو تتبع الرخص ـ ولكنها قطعاً تقيد وتضيق إن اتخذت منهجاً في التشريع للأمم.

فالتيسير، بل وتحري منهج الشرع الحنيف، وما جاء به رسول الله ﷺ في مثل قوله: «إن الله تعالى رضي لهذه الأمة اليسر وكره لها العسر»[1] وهو الحديث المؤيد بقول الله تعالى في محكم كتابه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ـ هذا النهج ـ يلزم المشرع في جميع الدول الإسلامية بالتخير من بحر الفقه الواسع بما يوسع على هذه الأمة ويتيح لها الاستفادة من جميع جوانب تراثها الفقهي دون الوقوف عند عطاء مذهب بعينه.

المطلب الرابع
ملاحظات على منهج المجلة في التقنين

٥١ ـ عدم وضع المجلة نظرية عامة للالتزام:

من أهم الملاحظات على منهج المجلة الموضوعي خلوها من نظرية عامة للالتزامات، وهي في هذا تأثرت بمنهج الكتابة الفقهية. فعند معالجتها للعقود، عالجت كلاً منها بصورة مستقلة تماماً دون أن تربطها معاً بنظرية عامة. وهذا ما حدا بواضعي القوانين المدنية الجديدة في دول المجلة إلى الأخذ منها في نصوص هذه القوانين في جزئيات مع عدم الإبقاء على أغلب نصوصها. وقد استدرك المستشرق سانتيلانا هذا الأسلوب المنهجي عند وضعه لمجلة الالتزامات التونسية فضمنها نظرية عامة للالتزامات.

٥٢ ـ عدم التمييز بين المسائل المختلفة:

يرى البعض أن المجلة لم تميز بين الأحكام القانونية المادية والمسائل الوصفية أو الأصولية، من ذلك بحثها في الدعوى والبينات والقضاء في الكتب الثلاثة الأخيرة منها[2] ونحن نرجع هذا لما سبق أن ذكرناه من كون المجلة قد

---

(١) عزاه السيوطي في الجامع الصغير للطبراني في «المعجم الكبير» وقال: «ورجاله رجال الصحيح». انظر: «التيسير بشرح الجامع الصغير» للمناوي، ج١ ص٢٥٣.

(٢) د. عبد الرحمن البزاز، «أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون»، مطبعة العاني، بغداد سنة =

اتبعت منهج كتب الفقه في معالجة الموضوعات المختلفة.

٥٣ ـ لم تتضمن نصوصاً منظمة للأحوال الشخصية:

لم تتضمن المجلة نصوصاً في الأحوال الشخصية، ويرجع ذلك إما «لتعدد العناصر والأديان في المملكة العثمانية وإلى سياسة التسامح التي اتبعتها الدولة في ذلك الوقت مع غير المسلمين وتركها لهم الحرية في أمورهم المذهبية وأحوالهم الشخصية»[1] وإما لأن اللجنة كانت بصدد تقنين بقية فروع القانون الخاص والعام فلذا أرجأت تقنين مواد الأحوال الشخصية وهو ما قامت به الدولة بعد ذلك عند إصدارها لقانون العائلة.

٥٤ ـ المجلة وليدة عصرها:

في نهاية عرضنا لما وجه لمنهج المجلة الموضوعي من ملاحظات، نجد أن أهمها هو أخذها عن مذهب واحد فقط. ولا تفوت الباحثة هنا ملاحظة أن جميع الأعمال التي عاصرت المجلة أو لحقتها حتى بدايات القرن العشرين وقننت الفقه الإسلامي ـ في قسم المعاملات ـ سواء على الصعيد الفردي أم المؤسسي قد أخذت عن مذهب واحد فقط مثال ذلك:

٥٤/١ ـ مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، مؤلفه قدري باشا عام ١٨٩٠، أخذ عن الفقه الحنفي.

٥٤/٢ ـ مجلة الالتزامات التونسية لسانتيلانا وضعها عام ١٨٩٩م وطبقت عام ١٩٠٧م؛ وهي موضوعة على أساس الفقه المالكي رغم كونه قد قارنه في بعض المواضع بمواقف المذاهب الأخرى إلا أن نصوصها أخذت عن المذهب المالكي فقط. وقد طبقت هذه المجلة في تونس بعد صدور مجلة الأحكام العدلية بحوالي أربعين عاماً.

= ١٩٥٨م، ط الأولى، ص٢٠ ـ ٣٠، ويبدو أنه يقصد المسائل الشكلية (الإجرائية) والمسائل الموضوعية.

(١) الدكتور صبحي محمصاني، «فلسفة التشريع»، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٢م، ص٦٦، لبنان، دار الكشاف للطباعة والنشر.

٣/٥٤ ـ مجلة الأحكام الشرعية ومؤلفها الشيخ أحمد القاري عام ١٣٤٣هـ وأخذت نصوصها عن المذهب الحنبلي.

٤/٥٤ ـ ملخص الأحكام الشرعية لمؤلفه محمد محمد بن عامر الصادر عام ١٩٣٨م، ووضع على أساس المذهب المالكي.

أيضاً يلاحظ المتتبع لحركة التقنين الإسلامية أن التخير من المذاهب أول ما وقع تشريعياً كان في قانون العائلة العثماني الصادر عام ١٩١٧م والذي طبق في بلدان عربية كثيرة، أما في مصر فأول ما أقر مبدأ التخير ونفذ كان في القانون رقم٢٥ الصادر عام ١٩٢٠م ـ المنظم لأمور الأحوال الشخصية ـ اللاحق على قانون العائلة العثماني.

٥٥ ـ استحالة تخير المجلة من المذاهب عند وضعها:

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل كان مناسباً وقت وضع المجلة أن تأخذ عن المذاهب الفقهية المتعددة في ظل الظروف التشريعية السائدة آن ذاك؟ إن الواقع ينفي هذا، حيث إنه:

١/٥٥ ـ بعد مضي أكثر من ثلاثة قرون والقضاء في البلاد التابعة للدولة العثمانية مخصص بالمذهب الحنفي وحده، كان تخير المجلة من أكثر من مذهب سوف يسبب ارتباكاً قضائياً هي في غنى عنه خاصة في ظل الازدواجية القضائية التي كان تقليصها أحد أهداف المجلة.

٢/٥٥ ـ لم تطرح فكرة التخير من قبل على الساحة القانونية العربية، وعندما طرحت جوبهت بنقد حاد، مثال ذلك ما واجهه العلماء في مصر عند محاولة بعضهم تطبيق منهج التخير إبان وضع قانون عام ١٩٢٠م الخاص بتنظيم الأحوال الشخصية، فكان من غير المناسب والمجلة أساساً تعد انقلاباً شكلياً على وضع كتب الفقه أن يوجه واضعوها جهودهم في الإقناع باتباع اتجاه آخر وهو التخير.

٣/٥٥ ـ ساعد نمو الحركات القومية على عدم إنزال منهج التخير في تشريعات المعاملات منزل التطبيق إذ كلها تنتمي لأقطار عربية، وصدرت محاولات لتقنين أحكام أكثر المذاهب انتشاراً بين أهل كل قطر فالتمسك بمذهب القطر صار عوضاً عن اتخاذ التخير منهجاً للتقنين.

المطلب الخامس
ملاحظات على المنهج الشكلي للمجلة

٥٦ ـ معالم المنهج الشكلي للمجلة(١):

يقول العلامة الأستاذ عبد الرزاق السنهوري عن صياغة المجلة: «أما الصياغة التشريعية للمجلة فلا ننكر أنها متقدمة بالنسبة لزمنها سواء في أصلها التركي أو في ترجمتها العربية، ولعل للفقه الإسلامي الذي أخذت منه الفضل الأكبر في ذلك. ولا نجحد فضل واضعي المجلة فإن عملهم ينم عن علم غزير بالفقه الإسلامي، وقدرة واسعة على الصياغة التشريعية، ولا يبزهم في ذلك على ما نرى إلا المرحوم قدري باشا، فإن كتبه المعروفة على درجة عالية من حسن الصياغة ودقة الأسلوب»(٢).

وفي ضوء ذلك لابد من أن نورد، قبل تقويم المنهج الشكلي للمجلة في التقنين الحقائق الآتية:

٥٦/١ ـ كان صدور الجزء الأول من مجلة الأحكام العدلية في أوائل النصف الثاني من القرن التاسع عشر وبالتحديد في عام ١٨٦٩م بينما صدر قانون نابليون عام١٨٠٠م.

٥٦/٢ ـ المجلة هي العمل القانوني الأول المأخوذ عن الفقه الإسلامي ولكنها ليست أول تقنينات الدولة العثمانية، فقد عرفت الدولة العثمانية التقنينات في عهد محمد الفاتح بقانونه الجنائي الشهير والذي حقق تاريخ صدوره المستشرق الباحث إيرل هايد في كتابه عن القوانين الجنائية العثمانية، فأثبت أنه صدر في عام ١٤٨٨م، وتوالت بعده التقنينات المختلفة، بل قبل صدور المجلة أخذت الدولة العثمانية عن فرنسا تقنينها التجاري عام ١٨٥٠م.

---

(١) للمزيد عن منهج المجلة الشكلي انظر: العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مقاله عن القانون المدني العراقي الجديد بعنوان «من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي».

(٢) نقلاً عن: الدكتور محمد عمارة، «الدكتور عبد الرزاق السنهوري»، ط الأولى، سنة ١٩٩٩، ص٢١٧.

٣/٥٦ ـ ألفت اللجنة التي وضعت المجلة من كبار رجال القانون في الدولة، وهؤلاء كان لهم اطلاع على هذه القوانين المذكورة وهم لا ريب على علم بأساليب الصياغة القانونية المعروفة في ذلك الحين.

٤/٥٦ ـ لم يوجه أي من شراح المجلة نقداً يستدعي الانتباه لصياغتها القانونية أو أسلوبها، وأغلب شروحها معاصرة لها أو لاحقة عليها بفارق زمني بسيط، مما يدل على أن صياغتها ناسبت عصرها ولم تخرج عما كان مألوفاً فيه.

٥٧ ـ بين المجلة والقوانين الحديثة:

من ذلك نخلص أن مجلة الأحكام العدلية في صياغتها لم تخرج عما ألفته الحياة القانونية آنذاك. وفي ضوء ذلك يأتي تعليقنا على منهج المجلة الشكلي لا مقارنة بقانون معاصر لها، وإنما مقارنة بالقوانين المعروفة في عصرنا لنرى مدى اختلافها عنها وهل كان حرياً بصناع القانون استبدال غيرها بها كما حدث فعلاً، أم فقط تعديلها؟

١/٥٧ ـ صدرت المجلة في ترتيب حديث بمواد أدرجت تحتها القواعد القانونية المختلفة، شأنها في ذلك شأن القوانين الأوروبية المعاصرة لها، فنجدها قسمت إلى كتب فأبواب ففصول فمباحث فأفرع فمواد مرقمة ومسلسلة.

٢/٥٧ ـ الصياغة: اتصفت صياغة نصوص المجلة بصفات مميزة أهمها:

أ ـ جاءت متون المواد طويلة في أغلبها نتيجة لقيام واضعي المجلة بإلحاق كل نص بشرح له مع ضرب أمثلة للحالة المعنية. مثال ذلك في تعريف المادة (١٧٨٦) للحكم، جرى نصها على أن: «الحكم: هو عبارة عن قطع الحَكَمِ المخاصمة وحسمه إياها، وهو على قسمين، القسم الأول: هو إلزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام، كقوله حكمت أو أعط الشيء الذي ادعى عليك...».

ب ـ في أحيان كثيرة ألحقت المواد ببعض الضوابط اللغوية التي ليس محل في مثل هذا التقنين، مثال ذلك تعريفها التحكيم في المادة (١٧٩٠) فتنص على أنه: «عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما للفصل في خصومتهما

ودعواهما ويقال لذلك حَكم بفتحتين ومُحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة».

ج ـ استخدمت المجلة في كثير من الأحيان تعبيرات فقهية في نصوصها فنجدها تستخدم تعبير «مجلس الحاكم» وهو تعبير فقهي أكثر منه قانوني.

د ـ الاستطراد وضرب الأمثلة: مثال ذلك المادة (١٧٥) الذي استغرقت نصف الصفحة وتنص على أنه: «حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، ويسمى هذا بيع التعاطي. مثال ذلك: أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول أو يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع. وكذا لو جاء رجل إلى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال: بكم تبيع المد من هذه الحنطة؟ فقال له البائع: أعطيك إياها غداً ينعقد البيع، أيضاً وإن لم يجر بينهما الإيجاب والقبول. وفي هذه الصورة لو ترقى سعر مد الحنطة في الغد إلى دينار ونصف يجبر البائع على إعطاء الحنطة بسعر المد بدينار. وكذا بالعكس لو رخصت الحنطة وتدنت قيمتها المشتري مجبوراً على قبولها بالثمن الأول، وكذا لو قال المشتري للقصاب: اقطع لي بخمسة قروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة. فقطع القصاب اللحم ووزنه وأعطاه إياه انعقد البيع وليس للمشتري الامتناع من قبوله وأخذه». والنص السابق أقرب إلى المذكرات الإيضاحية منه إلى متن قاعدة قانونية. وغيره كثير مثله.

٣/٥٧ ـ لم تراع المجلة التصنيفات العلمية الحديثة. فلم تفرق بين ما هو حق شخصي وما هو حق عيني. مثال ذلك: أنها جاءت بالحوالة بعد الكفالة، وبشركات الملك بعد شركات العقد.

٤/٥٧ ـ كثرت إحالات مواد المجلة إلى مواد أخرى فيها، فمثلاً نجد في المادة رقم (١٧٩٠) التي عرفت التحكيم إحالتين، وفي كثير من الأحيان تتجاوز إحالات المادة الواحدة الخمسة، مما ينفي عن كل مادة استقلالها ووحدويتها المفترضة في القاعدة القانونية.

٥٨ ـ مقتضيات التعديل الشكلية:

والعيوب الشكلية والموضوعية السابقة إنما نجمت عن الظروف التي سبق أن استعرضناها، والواقع أن تعديل المجلة كان سيقتضي من اللجنة التي شكلت لهذا الغرض أموراً عدة أهمها:

٥٨/١ ـ تلخيص ما يزيد عن ٥٠٪ من نصوص المجلة لتتحول من نصوص طويلة إلى نصوص موجزة أقرب لمفهوم القاعدة القانونية.

٥٨/٢ ـ تغيير أسلوب النص ذاته ليخرج من قالبه الفقهي ويدخل في حيز الصياغات القانونية.

٥٨/٣ ـ إيجاد نظرية كاملة للالتزامات كما فعل سانتيلانا في مجلة الالتزامات التونسية، بحيث تدور العقود المختلفة في فلكها.

٥٨/٤ ـ إعادة ترتيب أبوابها وموضوعاتها المختلفة لتناسب القوانين العصرية. وقد كان هذا كله ممكناً لو أن مهمة اللجنة التي شكلت لتعديلها لم تتوقف. فقد نجم عن توقف مهمتها، ثم سقوط الخلافة ونمو حركة القومية والاستقلال، وأد كل الجهود الرامية لتطويرها، ففي ظل هذه الظروف كافة لم يكن هناك محيص من استبعادها، وهو الذي كان في تركيا ولبنان وغيرهما، وإن بقيت المجلة تنبض بالحياة في دول أخرى كما سوف نرى.

المطلب السادس
تطبيق المجلة ومآلها

٥٩ ـ المجال الزمني لتطبيق المجلة:

طبقت مجلة الأحكام العدلية منذ صدور أول أجزائها؛ قانون البيوع عام ١٨٧٠م، واستمر العمل بها في تركيا والأراضي التابعة لها إلى مدد تفاوتت حسب ظروف كل إقليم. ففي البلاد العربية توقف العمل بها حوالي في منتصف القرن العشرين فاستبدلت سوريا بها قانونها، الذي وضعه العلامة الأستاذ السنهوري سنة ١٩٤٩. وظلت المجلة مطبقة في الكويت حتى صدور القانون المدني الكويتي عام ١٩٨٢م. وتوقف العمل نهائياً بها في دول البلقان عام

١٩٤٦م، وفي تركيا ذاتها توقف العمل بها عام ١٩٢٦م قبل تبني الدولة للقانون المدني للقانون المدني السويسري عام ١٩٢٧م، وذلك بعد أن كانت بعض نصوصها قد عطلت بالفعل بصدور قوانين حديثة تعالج ذات المواضيع التي عولجت في بعض أجزاء وكتب المجلة.

٦٠ ـ المجال المكاني لتطبيق المجلة:

طبقت المجلة وصارت قيد التنفيذ منذ صدورها في كل الأراضي التابعة للدولة العثمانية آنذاك، باعتبارها القانون المدني للدولة.

فطبقت في الدول العربية في العراق وسوريا والأردن وفلسطين والكويت ولبنان، ولم تطبق في مصر لتمتع الأخيرة باستقلال تشريعي شبه كلي عن الدولة العثمانية بموجب اتفاقية مبرمة بين الباب العالي وأسرة محمد علي عام ١٨٧٣م(١).

وطبقت المجلة كذلك في دول البلقان «فقد كانت المجلة في البوسنة والهرسك مصدر القانون المدني العام مثلما كان الوضع في فلسطين والأردن ولبنان وسوريا والعراق وقبرص...»(٢).

وقد أصبحت المجلة مجالاً للدرس في المعاهد والكليات المختلفة باعتبارها أول نموذج بهذا الوضوح والإحكام لتقنين الفقه الإسلامي.

٦١ ـ الأهمية التشريعية للمجلة في البلاد العربية:

وكان لصدور المجلة أكبر الأثر على الحياة التشريعية في العالم العربي

---

(١) لمزيد من التفاصيل عن وضع مصر التشريعي آنذاك، انظر الدكتور محمد صادق فهمي، «شرح القانون المدني»، مطبعة الاعتماد، سنة ١٩٢٤، وفيه يقرر عدة أمور أهمها: أن القضاء خصص في مصر بمذهب أبي حنيفة النعمان بفرمان أصدره محمد علي وآخر أصدره قاضي مصر. ومن الملاحظ أن إنشاء المحاكم المختلطة كان عام ١٨٧٦ لعدم وجود قوانين مناسبة في مصر وهي ذات الفترة الزمنية التي صدرت فيها المجلة، والتساؤل هل كان الاستقلال التشريعي يمنع الأخذ بها وتطبيقها في مصر؟

(٢) دكتور فكرت كارجيتش، «تاريخ التشريع الإسلامي في البوسنة والهرسك»، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣م، ص٦٥.

ويمكننا أن نرجع ذلك إلى الأسباب الآتية[1]:

١ ـ تبين بصدور المجلة بطلان دعوى عدم صلاحية الفقه لحكم الحياة في الدول الإسلامية، بل ثبتت صلاحيته وقدرته على رصد الظواهر المختلفة بالجديد دائماً من أحكامه.

٢ ـ صياغة المجلة للأحكام الفقهية في مواد مرقمة وأبواب وبترتيب وصياغة حديثين بالنسبة للفقه الإسلامي، أسهم في لفت الانتباه إلى أهمية التطوير المنشود لقوالب الفقه كي لا يظل حبيس الكتب والمجلدات، بوضعه في أطر الصياغة والشكل الحديث ليسهل تطبيقه.

٣ ـ دفعت المجلة عجلة تطوير العمل الفقهي لخدمة الأنظمة والأشكال المجتمعية الحديثة، ونشطت حركة البحث الفقهي المستنير، فبعد المجلة وضع الفقيه قدري باشا كتبه الثلاثة في الفقه الإسلامي ـ المعاملات والأسرة والوقف ـ وكذلك قام بمحاولته الرائدة لتخريج أحكام القوانين الأهلية على المذهب الحنفي. وقام الشيخ مخلوف المنياوي بتخريج أحكام القوانين الأهلية على المذهب المالكي، وتوالت الدراسات والجهود فردية كانت أم جماعية، رسمية أم شخصية في سبيل تطوير العمل بالفقه الإسلامي، تأثراً بالمجلة واقتداء بها.

٤ ـ رغم توقف المجلة عن التطور نتيجة لحل اللجنة التي وضعتها ثم إجهاض جهود اللجنة التي شكلت لتعديلها، مما أدى لاستبعادها من الساحة القانونية العملية فإنها بقيت في المدارس الفقهية نموذجاً يحتذى ويطور، بل ويلقى ظلاله على القوانين التي ظهرت إما بديلاً عنها في الأماكن التي طبقت بها وإما متتبعة خطاها في الأماكن الأخرى، وفي أوضح تجليات ذلك نجد لجنة القانون المدني العراقي تضع مبدأها الأول وهي بصدد وضع القانون

---

(١) انظر في أثر المجلة على الحياة التشريعية والقانونية في الوطن العربي:
- الدكتور محمد أحمد سراج، «مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي»، ط الأولى، ص١٦٣.
- الشيخ مصطفى الزرقا، «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، جامعة دمشق ١٩٦٧، ص١٩٩.
- الدكتور محمد كمال إمام، «نظرية الفقه في الإسلام»، ط ١٩٩٨م، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص٣٠٦ ـ ٣٠٩.

المدني العراقي الجديد أن «تكون مجلة الأحكام العدلية أساساً للقانون المدني الجديد...»[1].

٥ ـ لم يتوقف أثر صدور المجلة على محاولات تقنين الشريعة الإسلامية فقط، وإنما امتد ليشمل محاولات تطوير شرائع غير المسلمين خاصة في مجال قوانين الأحوال الشخصية.

تلك هي أهم الآثار التي أوجدتها المجلة بصدورها، سواء على الساحة العربية أو الإسلامية، والتي ظلت قيد التطبيق فيهما قرابة الخمسين عاماً.

٦٢ ـ استبعاد المجلة عن التطبيق وأسبابه:

وقد أحدث استبعاد المجلة من مجال التطبيق استبعاداً كلياً ـ بدلاً عن تطويرها ـ فراغاً هائلاً، نشأ عن استبدال قوانين أخرى بها تكاد تكون منبتة الصلة عن الأرض العربية التي لا يوائمها إلا قانون مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، ولكن الإنصاف العلمي يقتضي أن نقول: إن الضرورة كانت تحتم ذلك الاستبعاد لأسباب عديدة أهمها:

٦٢/١ ـ جمود نصوصها وتحجرها، لعدم وجود تطوير لها بما يتناسب والتطورات المتلاحقة التي برزت على الساحة العربية.

٦٢/٢ ـ اقتصار المجلة على مذهب واحد جعل كثير من الفقهاء يوجهون لها الانتقادات، وقد رأينا كيف تطورت قوانين الأحوال الشخصية بحيث اتخذت من كل المدارس الفقهية منبعاً يؤخذ منه.

٦٢/٣ ـ استشعرت كثير من شعوب العالم العربي التعصب في أخذ المجلة بمذهب واحد دون غيره، خاصة مع اتباع كثير منها لغير المذهب الحنفي، فترك فيها العمل بالمجلة فور تخلصها من السيادة العثمانية. وأيضاً مع ما سبق أن ذكرناه من نمو الحركات الوطنية ونشأة الدول المستقلة بشكلها القومي مما ساهم في استبعادها.

---

(١) الدكتور العلامة عبد الرزاق السنهوري، مقالة عن القانون المدني العراقي الجديد «من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي»، نشرته جامعة القاهرة في كتاب أصدرته كلية الحقوق في الذكرى المئوية لميلاد السنهوري، ص٥٧.

٤/٦٢ ـ التدخل الأجنبي، وتأثير المدارس القانونية الغربية على رجالات القانون، جعل استبعاد المجلة أكثر يسراً من محاولة تطويرها[١].

٥/٦٢ ـ العيوب المنهجية موضوعاً وشكلاً التي برزت عائقاً أمام سلاسة التطبيق، مما دعا إلى استبعادها من مجال التطبيق المباشر.

٦٣ ـ استمرار التأثير الفقهي للمجلة:

تلك كانت أهم الأسباب التي أدت إلى إنهاء الدور التشريعي المباشر الذي قامت به المجلة على الساحة العربية والإسلامية منذ صدورها، ورغم ذلك فإن أثرها، باعتبارها أهم نقطة تحول في طريق تقنين الفقه الإسلامي، سيبقى ظاهراً إلى زمن مقبل بعيد وكما يقول الأستاذ مصطفى الزرقا بحق: إن مجلة الأحكام العدلية فيها جوهر فقهي تشريعي نفيس خالد القيمة[٢]. بل وتأثيرها التشريعي غير المباشر يظهر ـ إلى اليوم ـ جلياً في القوانين المدنية الجديدة في بلاد المجلة سابقاً وهذا ما سوف نراه في الفصل الثاني من هذا الباب.

---

(١) لمزيد من التفاصيل عن الحياة التشريعية والدستورية في الدولة العثمانية انظر: الدكتور عبد العزيز محمد الشناوي، «الدولة العثمانية دولة إسلامية مفترى عليها»، الجزء الرابع، ص١٧٥٦ ـ ١٨٠٦، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٦م، مكتبة الأنجلو، القاهرة.

(٢) الدكتور مصطفى الزرقا، «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، ص١٩٦ ـ ١٩٩.

الفصل الثاني

التجارب اللاحقة على المجلة
في
تقنين الفقه الإسلامي

٦٤ ـ تمهيد:

بعد ما تبين في الفصل السابق ما للمجلة العدلية من أهمية كبرى، بوصفها عملاً فقهياً قانونياً، بدأ به الفقه الإسلامي مقاومة محاولات إقصائه عن تنظيم الحياة القانونية، وانتقل من تكرار الشروح والوقوف عند معاني الألفاظ إلى مرحلة الظهور في ثوب قانون عصري، مستمد من الإسلام نفسه في الوقت الذي كانت القوانين الأجنبية تفرض نفسها على الساحة القانونية، لا على الدولة العثمانية وحدها، بل على أقاليمها العربية والإسلامية كافة؛ ـ في ظل تغير الهياكل والأشكال القضائية والقانونية التي سادت فترة ليست بالقصيرة في تلك الأقاليم، وهو التغير الذي أملاه اختلاف شكل العلاقات والمعاملات الدولية وطبيعتها في هذه المرحلة عما كان سائداً قبلها. وقد تجلى ذلك التغير في التحول الذي أصاب تلك الهياكل فمن نظام القضاء الفردي المعتمد على القاضي الفرد[١] والهيكلة البسيطة ـ متمثلة في الرقابة على شرعية أحكام القضاء من قاضي القضاة أو المحتسب أو الوالي[٢] ـ إلى نظم هيكلية معقدة ومؤسسية ضخمة تضم العديد من القضاة وتندرج طبقاتها، في الوقت نفسه خلت الساحة التشريعية من المصادر أو المؤلفات الفقهية المصنوعة على الأنماط وفي القوالب القانونية الحديثة وأشكالها لخدمة هذا التطور وللمساعدة على صبغه بالصبغة الإسلامية. فكان ظهور المجلة العدلية في ذلك الوقت عودة للأصل الذي يغني عن استيراد قوانين غربية، لملء ذلك الفراغ التشريعي المصاحب للاستحداثات الجاري في النظم الاجتماعية والقضائية والقانونية.

---

(١) راجع في شأن مدى معرفة النظام القضائي الإسلامي لتعدد القضاة، مقدمة كتاب «قضاة قرطبة» لمحمد بن حارث الخشني، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة ١٩٦٦.

(٢) دكتور عصام شبارو، «قاضي القضاة في الإسلام»، ط الثانية، سنة ١٩٩٢م، ص١١٥ ـ ١١٦.

وقد كان ظهور المجلة حدثاً ذا أثر بعيد على أصعدة مختلفة، سواء على صعيد الأفراد[1]، أم المؤسسات أم الدول. فقد بادر مثقفو الأمة وفقهاؤها بسلوك المنهج نفسه، وحاول بعضهم تقنين باقي الفروع الفقهية وحاول آخرون تقنين فقه المذاهب الأخرى ـ لما عرفنا من التزام المجلة العدلية بالمذهب الحنفي ـ سواء باعتبار كل مذهب مصدراً مستقلاً أحياناً، أو باعتبار المذاهب جميعاً مصدراً واحداً في أحيان أخرى.

أما على صعيد المؤسسات فقد حملت القوة الضاغطة للأفراد دولاً كثيرة إلى إصدار قوانين مستمدة من الشريعة. وهذا الانتشار هو موضوع الباب الثاني من هذا القسم إن شاء الله.

٦٥ ـ اختيار وترتيب:

ويعني هذا الفصل بدراسة تأثير المجلة على الصعيد الفردي فنتناول بعض الأعمال التي كان لها وضع خاص في هذا السياق، مقارنين بينها وبين مجلة

---

(١) امتد تأثير المجلة ليشمل غير المسلمين كما يظهر هذا جليّاً في تقنينات الأحوال الشخصية الناتجة عن مجهود شخصي من بعض أفراد الجالية اليهودية ومن بعض الأقباط مصر، وأهم هذه التقنيات:

أولاً: «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين»، مؤلفه حاي بن شمعون، صادر عن مطبعة كوهين وروزنتال بمصر سنة ١٩١٢، في ثلاث أجزاء، الجزء الأول (٤٢٩ مادة)، وعالج فيه مسائل الزواج وحقوق الزوجة والطلاق. والجزء الثاني (٨٧١ مادة)، وعالج فيها الميراث والوصية والولاية والحجر والقوامة والهبة وغيرها. والجزء الثالث (٧٧٩ مادة)، وعالج فيها حقوق الزوج وحقوقه بعد وفاة زوجته وحقوق الأرملة وبعض مسائل الطلاق وقد ذكر المؤلف في مقدمته أنه قد: «نقل كتاب المواريث للأستاذ الفيومي كما هو بنصه بغير أن نعمل فيه شيئاً مطلقاً» فيفهم من ذلك أن باقي مواد التقنين كانت اجتهاداً شخصياً له.

ثانياً: «الخلاصة القانونية في الأحوال الشخصية لكنيسة الأقباط الأرثوذكس». ويقع هذا المؤلف في (٤٤٣ مادة) متضمنة في اثني عشر فصلاً، ومؤلفه المتنيح الأيغومانس فيلوثاؤس، وصدر عن مطبعة التوفيق بالقاهرة عام ١٩١٣م، وشرحه وعلق على نصوصه جرجس فيلوثاؤس عوض، ومما لا شك فيه أن صدور مثل هذه المؤلفات يدل على امتداد تأثير المجلة إلى غير المسلمين، بإدراكهم لنجاح التقنين الشرعي مما حدا بهم لوضع مثل هذه التقنينات الخاصة.

الأحكام العدلية لاكتشاف مدى تأثرها بها أو اختلافها عنها. وقد اخترت لذلك أربعة أعمال ورتبتها بحسب قربها الزمني من المجلة وهي على التوالي:

أولاً: أعمال محمد قدري باشا سنة ١٨٩٠م. ونخصص له المبحث الأول.

ثانياً: مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ١٩٢٣م. ونخصص له المبحث الثاني.

ثالثاً: ملخص الأحكام الشرعية المالكية ١٩٣٧م. ونخصص له المبحث الثالث.

رابعاً: مشروع قانون للعقد ـ لمجموعة من مستشاري محكمة النقض المصرية والشيوخ الأزهريين ـ ١٩٤٨م. ونخصص له المبحث الرابع.

أعمال قدري باشا ١٨٩٠م

٦٦ ـ كتب أربعة:

في سنة ١٨٩٠ صدرت أولى طبعات كتاب محمد قدري باشا: «مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان» وهو مدونة مدنية على الفقه الحنفي سيأتي وصفها في الفقرات التالية. وكان ذلك إيذاناً بظهور مجموعته التي اكتمل نشرها بعد وفاته، وهي تضم على التوالي الكتاب السابق ذكره ثم كتاب «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية» وفيه عالج أمور الزواج والطلاق والهبة والحجر والإيصاء والوصية والميراث، ثم كتاب «قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف» وأخيراً كتاب «تطبيق ما وجد في القانون الفرنسي موافقاً لمذهب أبي حنيفة».

٦٧ ـ الكتب ومؤلفها:

والكتب الثلاثة الأولى صيغت في هيئة مواد قانونية تحوي أحكاماً عامة مجردة على نسق مجلة الأحكام العدلية، وصيغت جميع أحكامها على أساس من آراء المذهب الحنفي، والكتاب الرابع قام فيه بتخريج أحكام القوانين الوضعية التي صدرت في مصر على أحكام المذهب الحنفي في الفقه الإسلامي.

وقدري باشا فقيه ورجل سياسة مصري تولى وزارة الحقانية عام ١٨٨١م أي قبل الاحتلال الإنجليزي للبلاد، وقبل توليه الوزارة كان قاضياً في المحاكم المختلطة وعمل في لجان عدة ألفت للنظر في الأحوال القانونية بالبلاد منذ عام

١٨٨٠م، وكان له مساهمات لإصلاح الوضع التشريعي في البلاد وتعديله[1].

وبطبيعة عمله اهتم بالشريعة الإسلامية وبدراستها ولذلك كانت كتبه السابقة جميعاً تدور في هذا الفلك، وربما يرجع عدم ظهور هذه الأعمال إلا بعد وفاته إلى الاحتلال الإنجليزي للبلاد، لأنها لم تعد مطلوبة في دولة احتلها العدو بدعوى حماية الأجانب وكان قدري باشا قد صار سياسياً منذ ولي الوزارة[2].

تأتي كتب قدري باشا الأولى في الترتيب الزمني بعد المجلة العدلية مباشرة حيث انتهى إصدار الأخيرة في عام ١٨٧٠م وطبعت كتب قدري باشا بعد وفاته عام ١٨٩٠م، أي أنها أعدت قبل ذلك، ومنذ صدورها أصبحت أحد أهم مصادر القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، وعكف العلماء على العمل عليها، فنجد كلاً من الشيخ أحمد إبراهيم والشيخ الإبياني في مؤلفاتهم للأحوال الشخصية يرجعان لكتاب قدري باشا كأصل ومتن عليه يعملان، كذلك شرع الشيخ الإبياني في شرح مرشد الحيران ولم يتم منه إلا جزءاً واحداً إذ سبقت إليه المنية قبل إتمامه.

٦٨ ـ كتب تحولت إلى قوانين يطبقها القضاء:

ولمجموعة قدري باشا أهمية أخرى، فهي وإن عدت في الدول العربية مجرد محاولات فردية لتقنين الشريعة، ففي دول أخرى عمل بها كقوانين رسمية للدولة لها كل ما للقوانين من قوة وخصائص، وفي ذلك يقول الدكتور فكرت كارجيتش: «وقد حاولت الحكومة النمساوية/ الهنغارية تقنين الأحكام الشرعية

(١) من هذه المساهمات:
١ ـ لمحة تاريخية لمصر، طبع بالقاهرة سنة ١٨٦٩م.
٢ ـ معلومات جغرافية، طبع بالقاهرة عام ١٨٦٩م، ثم بفيينا ١٨٧٠م.
٣ ـ وله فوق ذلك ١٢٠ مؤلفاً، ومن أهم جهوده تعريب قانون نابليون في جزء الجنايات والحدود، وله كتاب في تنقيح القوانين المصرية الأهلية بالفرنسية.

(٢) دكتور وهبة الزحيلي، «جهود تقنين الفقه الإسلامي»، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٧، ص٥٤.

في الأحوال الشخصية وفق المذهب الحنفي لتطبيقها في البوسنة والهرسك ونشرت عام ١٨٨٣م في فيينا كتاباً بعنوان Eherech, Familienrecht Und Erbercht der Moahmedamer Nach dem Hanefitchien Ritus لكن القضاة في البوسنة والهرسك لم يثقوا في هذا الكتاب لقيام حكومة غير إسلامية بتأليفه وآثروا الاعتماد على تقنينات أخرى أخذوها من العالم الإسلامي، منها ثلاثة كتب فقهية لمحمد قدري باشا المصري وأعني بها «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية» و«مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان» و«قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف»(١).

وإنزال كتب قدري باشا منزلة التطبيق والعمل تجعل لها درجة على الأعمال الفردية الأخرى لاعتبارها تشريعاً وقانوناً رسمياً في بعض البلاد، وإن كانت العادة قد جرت على تبني الدولة لقوانين وليدة أرضها فإن تطبيق مؤلفات قدري باشا في غير بلد مؤلفها ليس بالغريب باعتبار قضاة البوسنة قضاة مسلمين سعوا إلى تطبيق الشريعة فوجدوا في كتب قدري باشا خير معين لهم على ذلك لتصبح القوانين الرسمية المعمول بها في أرض البوسنة أمداً طويلاً، إلى قيام الدولة الشيوعية في يوغسلافيا التي استحال في ظلها تطبيق قوانين ذات مصادر دينية، وسوف نعرض لكتابه الأول والأهم «مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان» لتناوله ذات الموضوعات ـ تقريباً ـ التي سبق وتناولتها المجلة، موضحين الفروق والاتفاقات بينهما على النحو الآتي بيانه:

٦٩ ـ بين مرشد الحيران والمجلة العدلية:

٦٩/١ ـ يقع كتاب مرشد الحيران في سبعة وسبعين فصلاً، وثمانية وعشرين كتاباً، تضم ألفاً وخمساً وأربعين مادة، عالجت على التوالي أنواع الأموال وأسباب الملك وأحكام الشفعة والعقود على العموم. وخصص منها كتاب في البيع وكتاب في الإجارة وكتاب في المزارعة والمساقاة وكتاب في الشركات وكتاب في العارية وكتاب في القرض وكتاب في الوديعة وكتاب في

(١) دكتور فكرت كارجيتش، «تاريخ التشريع الإسلامي في البوسنة والهرسك»، طبعة سنة ١٩٩٣، ص٧٦ ـ ٧٧.

الكفالة وكتاب في الحوالة وكتاب في الوكالة وكتاب في الرهن وكتاب، أخير، في الصلح.

٢/٦٩ ـ وبذا نلاحظ اختلاف تبويب الموضوعات في مرشد الحيران عنها في المجلة العدلية. فالكتاب الذي عالج فيه العقود على العموم ليس له نظير في المجلة، وترتيب كتبه مختلف عن ترتيب كتب المجلة، قد يكون ذلك ناجماً عن تأثر المؤلف بالنظام الغربي للقوانين المصرية آنذاك، فأفرد كتاباً للأموال وأنواعها معرفاً لها، ثم جعل أسباب الملك معاً، رغم ورود بعضها تفصيلاً بعد ذلك في مواضع أخرى. وكأنه بإيراد أحكام الموضوع الواحد مجمعة في كتاب واحد، لا سيما أحكام الأموال وأحكام العقد، كان يحاول صنع نظرية جامعة للأحكام الفقهية الإسلامية، في هذه المسائل، تلافياً للعيب الذي شاب تقنين المجلة وانتقدت بسببه على نحو ما أسلفنا.

٣/٦٩ ـ وثمة مواضيع تناولت المجلة بيان أحكامها ولم يعالجها مرشد الحيران؛ من ذلك أحكام القضاء والبينات والتحليف والدعوى والإقرار، أيضاً أحكام الغصب والإتلاف والحجر والإكراه.

٤/٦٩ ـ ويزيد كتاب مرشد الحيران عن المجلة بمعالجة موضوعي الميراث والوصية باعتبارهما من أسباب الملكية. وهو يحيل عند بدئه في سرد أحكامهما إلى مؤلفه «في الأحوال الشخصية» الذي تناولهما فيه تفصيلاً، بل ويورد مرشد الحيران تحت عنوان الميراث مادة واحدة يحيل فيها إلى قاعدة عامة وهي المادة (٩٤) وجرى نصها على أنه «يتبع في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية في حق المسلمين، أما الذميون فيتبع في مواريثهم أحكام أحوالهم الشخصية إن تراضوا وإن رفعوها إلينا يحكم بينهم بحكم الإسلام».

٥/٦٩ ـ كذلك تجنب مرشد الحيران أمرين تصادفهما كثيراً في المجلة، وهما الأمثلة والإحالات، فنكاد لا نجد إحالات في أي من نصوصه إلى غيرها كما في المجلة التي أكثرت من الإحالات حتى لا تخلو مادة فيها من إحالة إلى غيرها، فكانت نصوص مرشد الحيران وحدات قائمة بذاتها لا يرجع في فهم المقصود منها إلى غيرها. وتكاد النصوص تخلو من الأمثلة التي أضفت على المجلة العدلية طابع الكتب الفقهية غير المعهود في المدونات القانونية.

٦/٦٩ ـ وقد وردت في المرشد بعض الأمثلة الملحقة بالنصوص في حالات نادرة، كنص المادة (٤٤٥) على أنه «ما كان في حكم جزء من البيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع إلا به فإنه يدخل في البيع بلا ذكر، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل فلوها الرضيع في البيع تبعاً».

٧/٦٩ ـ ولم ترد القواعد الفقهية في مرشد الحيران مدخلاً للكتاب، وإنما وردت في مواضع متفرقة حسب الحاجة إليها كما في نص المادة (٦٠) بالفصل الثالث من حقوق المعاملات الجوارية التي نصت على أن: «يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو حادثاً» وبالتالي فالقواعد في مرشد الحيران ليست مدخلاً وباباً لفهم نصوصه عامة واستيعابها من خلالها، وإنما دورها جزئي متعلق بموضوعها، وأثرها حدد في مكان ورودها. وإن هذا لا ينال من الدور الأصيل للقواعد باعتبارها مرآة الفقه وهادية الفقيه، على النحو الذي بيناه آنفاً، وهو دور لا ينفك عنها، ولا يستغني المشتغل بالفقه الإسلامي عن الرجوع إليها لأدائه.

٨/٦٩ ـ حرص مؤلف مرشد الحيران على الإحالة في الهوامش إلى المصادر الفقهية التي استخلص منها معظم نصوصه، وهو ما يوفر للقارئ مكنه العثور عليها في المصدر الأصلي والاطلاع على مواضع الاتفاق الفقهي ومواضع اختلاف الفقهاء. وهو أمر بالغ الأهمية في تفسير النصوص والإحاطة بمراجعها وتطبيقها ـ بذلك ـ تطبيقاً صحيحاً.

٧٠ ـ تأثير مرشد الحيران على القوانين التالية له:

مما سبق يتضح أن مؤلف مرشد الحيران قد أفاد من المجلة العدلية باعتبارها تجربة أولى في تقنين الشريعة وأضاف إليها في الصياغة والأسلوب والتبويب ليصبح مؤلفه أكثر قرباً من الأساليب القانونية الحديثة، وتصبح نصوصه أكثر إحكاماً من نصوص المجلة.

ومما لا شك فيه أن مرشد الحيران أصبح اليوم أحد الأعمدة الأساسية التي يستند إليها من يرغب في تقنين الفقه، سواء المؤسسات أم الأفراد وهذا ما حدث إبان إعداد مشروع قانون مدني مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية في

عام ١٩٨١م، إذ كان يشار في كل نصوص المشروع المقترح إلى بعض مواد مرشد الحيران كمرجع اعتمد عليه، وهكذا فعل كل من القانون المدني العراقي والأردني في العودة إلى مرشد الحيران[١].

(١) المقصود بمشروع القانون المدني المشروع الذي أعده مجلس الشعب المصري سنة ١٩٨١. ولا بد أيضاً من الإشارة لأثر منهجه - منهج كتب قدري باشا - في قوانين الأحوال الشخصية، وهو الأثر المستمر إلى الآن.

المبحث الثاني

مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية

٧١ ـ التعريف بالمجلة وبمؤلفها:

هي مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، فأحكامها مستقاة من المذهب الحنبلي وحده، ومؤلفها هو أحد قضاة مكة المكرمة والمدرسين بالمسجد الحرام، القاضي أحمد بن عبد الله القاري ـ واسمها المعروفة به في هذا البحث لم ينقل عن مؤلفها وإنما شاع عنها بين العلماء فعرفت به ـ وقد توفي المؤلف قبل نشر عمله في هذه المجلة.

ويقول عنها الدكتور وهبة الزحيلي: «أما في السعودية فبالرغم من نفور أغلب المشايخ من كلمة قانون وتقنين فقد قام ـ منذ حوالي نصف قرن ـ أحد القضاة بوضع قواعد فقه المذهب الحنبلي في صورة مواد بعنوان «مجلة الأحكام الشرعية» وضعها الشيخ محمد القاري المكي الذي كان رئيساً للمحكمة الكبرى على أساس المذهب الحنبلي، سائراً في الطريق الذي رسمته مجلة الأحكام العدلية وفي فلك مرشد الحيران لمحمد قدري باشا، لكن كتب مجلة الأحكام العدلية ستة عشر فقط، أما كتب هذه المجلة فهي تسعة عشر.

ولقد أثبت الشيخ القاري عند كل مادة رمزاً يشير إلى الكتاب الذي أخذ منه حكم تلك المادة من مدونات المذهب الحنبلي وتوفي الشيخ أحمد القاري في سنة ١٣٥٩م، ولم تظهر المجلة للدارسين حتى تحدث عنها الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان في جريدة عكاظ بتاريخ ٥ ربيع الأول سنة ١٣٩٣م»[(١)].

---

(١) انظر الدكتور وهبة الزحيلي، «الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب» دمشق ١٩٧٨.

وقد قام الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان بعد ذلك بتحقيق المجلة ونشرها بالاشتراك مع الدكتور أحمد إبراهيم علي، وهما أستاذان في كلية الشريعة بجامعة أم القرى. ونشرت المجلة دار عكاظ في جدة سنة ١٩٨١م.

جاء تأليف الشيخ القاري لهذه المجلة في ظل حركة تبنت الدعوة لتقنين الفقه في المملكة العربية السعودية، توجتها دعوة وجهها الملك عبد العزيز آل سعود لتكوين لجنة من كبار العلماء لتأليف مجلة للأحكام تستمد أحكامها من المذاهب الأربعة المعتبرة، وتمهيداً لتحقيق ذلك أمر الملك عبد العزيز بعدم التقيد في أحكام القضاء بمذهب دون غيره، ورغم ذلك فإن تلك الدعوة لم يكتب لها النجاح لعدم تحمس العلماء لها، وكان مآلها صدور بعض التنظيمات القضائية. وجاءت هذه الدعوة عام ١٣٤٠هـ، وبدأ الشيخ القاري في وضع مجلته عام ١٣٤٣هـ[١].

وهي العمل الثاني ـ تاريخياً ـ بعد مجموعة قدري باشا.

٧٢ ـ المجلة شكلاً وموضوعاً:

تقع المجلة في كتب فأبواب ففصول، على نسق المجلة العثمانية، وإن زادت في عدد كتبها، وبالتالي في عدد موادها فاحتوت على (٢٣٨٢) مادة في حين جاءت مواد المجلة العثمانية (١٨٥١مادة). لم يضع المؤلف لها مقدمة عكس مجلة الأحكام العدلية العثمانية، ويعزو محققا المجلة هذا الأمر لوفاته قبل إتمامها شكلياً» وهما يؤيدان ذلك بأدلة توصلا إليها من خلال عملهما في تحقيق المجلة.

جاء ترقيم مواد المجلة من مجهود المحققين لا المؤلف حيث لم يمهله الوقت ليقوم بترتيبها، فأتم الصياغة وضبط وضع الموضوعات المعالجة في سياقها دون الترقيم. ويتضح هذا من مقدمة المحققين.

(١) دكتور محمد إبراهيم ودكتور عبد الوهاب أبو سليمان، كتاب «مجلة الأحكام الشرعية»، ط الأولى، سنة ١٩٨١م، ص٢٩.

٧٣ ـ جهد التحقيق في إصدار المجلة الحنبلية:

ورد في صدر المجلة مجموعة قواعد عددها ١٦٠ قاعدة وجدها المحققان منفصلة عن المجلة ومرقمة ومرتبة على ترتيب الكتاب المأخوذة منه وهو كتاب ابن نجيم، فضمناها المجلة وجعلا منها مدخلاً لها. وذلك لاعتقادهما بأن المؤلف أعد تلك القواعد تمهيداً لتصدير العمل بها فجعلاها حيث اعتقدا. والذي يجب ملاحظته هنا أن كتاب ابن نجيم في «الأشباه والنظائر» هو كتاب على المذهب الحنفي، والمجلة تستقي أحكامها الموضوعية من المذهب الحنبلي ومع ذلك فقد اعتبر المحققان أن الشيخ أحمد القاري قد جمع قواعد ابن نجيم ليصدر بها المجلة الحنبلية. وإذا كان يخرج عن نطاق هذه الدراسة تحقيق مدى صحة الذي انتهى المحققان إليه، فإن دلالته على التقارب النظري بين المذاهب الفقهية الإسلامية لا يجوز أن تفوت دون التنبيه عليها.

من أهم ما قام به المحققان لنشر المجلة ما يلي:

١ ـ إعادة ترقيم مواد المجلة، بإعطاء أرقام للمواد غير المرقمة. وبذلك أصبحت كل المواد واردة في تسلسل رقمي واحد بغير فصل للقواعد عن النصوص الموضوعية.

٢ ـ فصل المحققان المواد ـ المتن ـ عن ملاحظات المؤلف ليصبح متن المجلة خالصاً لنصوصها، ولتأتي ملاحظات المؤلف وتعليقاته وملاحظات المحققين في هوامش المجلة، يتضح ذلك بجلاء في النصوص المتضمنة قواعد فقهية، فقد أضافا شروح هذه القواعد في الهامش. فمثلاً جاء في ص٤٨ نص المادة (٤٤) على النحو الآتي «في قبول قول الأمناء في الرد والتلف وفيه تفصيل» وجاء في الهامش رقم (١) من الصفحة ذاتها «خلاصة تفصيل هذه القاعدة كالتالي» بالنسبة للتلف يقبل قول كل أمين إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان، أما بالنسبة للرد: فمن قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول، وإذا قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والشريك ونحوهما ففي قبول قولهم في الرد وجهان، انظر ابن رجب ص ١٤٦١» وعلى هذا المنوال جاءت كثير من النصوص، وقد جعل هذا العمل المجلة متناً قانونياً خالصاً.

٣ ـ وضع المؤلف في بعض المواد أمثلة قضائية كسوابق تزيد من فهم النص، فما كان من المحققين إلا أن فصلاها عن النصوص وضمناها الهامش، مثال ذلك المادة رقم (٨٤٨) «وإذا شهدت البينة بأن هذا ابن المتوفى ولم يقل لا وارث له غيره حكم بالإرث كله» وجاء في الهامش تعليقاً على ذلك «ذكر المؤلف تذييلاً لهذه المادة قوله: وتقرر من رئاسة القضاء في أوائل شهر ربيع الأول سنة ١٣٥٩هـ في إعلام «حسين جعلي» مع «اليجزي» اتباع ذلك في الوقف حيث أنه موقوف على الأولاد وأولاد الأولاد وشهدت البينة على شخصين أنهما من اتباع أولاد الواقف». وهذا في الأصل مثال ملحق بالنص فقام المحققان بفصل مثل هذه الأمثلة ووضعها في الهامش ليسهل على المطلع الرجوع إليها ولتتضمن النصوص فقط قواعد الأحكام.

من العرض السابق يتضح أن المحققين كانا يهدفان إلى إبراز نصوص المجلة، باعتبار نصوص أحكام موضوعية، وإلى إظهار أهمية المادة الفقهية المستخدمة المستمدة منها قواعد الأحكام في المجلة.

٧٤ ـ أثر المجلة العدلية على المجلة الحنبلية:

وآخر ما نلاحظه على هذا العمل، من حيث الشكل، تطابقه مع مجلة الأحكام العدلية العثمانية في أن كلاً منهما استهل نصوص كل موضوع أساسي بمقدمة تشرح المصطلحات المستخدمة فيه، لإظهار الحدود التي يفهم من خلالها الموضوع.

وتأثر المؤلف بالمجلة العدلية العثمانية إلى أبعد حد في عرض الموضوعات والتبويب.

٧٥ ـ القواعد في المجلة الحنبلية:

أما من حيث الموضوع فتأتي الملاحظة الأولى في العرض الموضوعي للمجلة الحنبلية بشأن القواعد الفقهية التي استهلت بها المجلة. وقد ألحقت القواعد من قبل المحققين لا المؤلف، على العكس من القواعد الفقهية في المجلة العثمانية التي وضعت من قبل اللجنة مؤلفة المجلة بعد اختيارها بعناية لتحقيق أهداف ذكرناها في موضعها من الفصل السابق.

أما قواعد المجلة الحنبلية فجاءت على النحو الآتي:

٧٥/١ ـ على غير صياغة محددة فالمادة الأولى منها تطرح سؤالاً أكثر من تقرير حكم بنصها على أن: «الماء الجاري هل هو كالراكد؟ أو كل جرية منه لها حكم الماء المنفرد؟ فيه خلاف». فهذا بالقطع ليس بالحكم العام المجرد ولكنه سؤال يجيب عنه الفقه برأيين. ومنها ما جاء عنواناً كنص المادة (١٠) «في الألفاظ المعتبرة في العبادات والمعاملات». وهكذا تراوحت صياغة القواعد بين قاعدة وسؤال وعنوان.

٧٥/٢ ـ جاءت القواعد غير قائمة بذاتها أي أن كل قاعدة ليست وحدة كاملة، أو بالمعنى الأدق، ليست قاعدة قانونية، نتيجة للصياغة المختلفة التي سبق أن ذكرناها.

٧٥/٣ ـ جاءت القواعد متنوعة بين قواعد العبادات والمعاملات. فالمادة (٩) تنص على: «في العبادات الواقعة على وجه محرم إن كان التحريم عائداً إلى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح». كذلك اشتملت على قواعد جنائية، فتنص المادة (١٤٠) على «من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي له لمانع فإنه يتضاعف عليه الغرم»، وعليه فإن القواعد التي اشتملت عليها المجلة الشرعية متنوعة المواضيع ولم تقتصر على قواعد المعاملات أي الفرع الفقهي الذي تضمنت المجلة أحكامه.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: لأي غرض وضعت القواعد الفقهية في المجلة الشرعية؟ وهل كان المؤلف قد جمعها ولم يمهله العمر لإعادة النظر فيها، وبيان ما يريده منها أم أنه جمعها ليضعها في النهاية بما يتناسب مع نصوص المجلة؟ إن هذه القواعد بوضعها الحالي ـ أياً كان سببه ـ لا تخدم نصوص المجلة، فلابد لفهمها من العودة لمصدرها الأصلي الذي جمعت منه[١]. والفارق الواضح في النهاية بين قواعد المجلة الشرعية الحنبلية والمجلة العدلية العثمانية هو الفارق بين نصوص مفسرة شارحة تحمل عدة أبعاد، وتملأ

(١) ومصدرها الأصلي ـ كما أسلفنا ـ هو كتاب ابن نجيم، «الأشباه والنظائر في قواعد الفقه الحنفي».

الفراغ الموجود بعدم وجود نظريات، ولا تشذ عن النسيج التشريعي للمجلة العدلية، ونصوص أخرى لابد لفهمها وإدراك ما تحمل من معانٍ من العودة لمصدرها.

٧٦ ـ صياغة المجلة الحنبلية:

وتأتي الملاحظة الثانية عن صياغة نصوص المجلة الشرعية، فقد تأثرت هذه الصياغة بالأسلوب الفقهي، يتجلى ذلك في المصطلحات المستخدمة وفي كثرة الأمثلة الملحقة بالنص. وقد قلت الأمثلة الملحقة بكل مادة عن مثيلاتها في المجلة العدلية العثمانية وساهمت في ذلك جهود المحققين.

ووجه الخلاف بين المجلة الحنبلية والمجلة العدلية من حيث الموضوعات هو تناول المجلة الحنبلية في نصوصها أحكام الوقف خلافاً للمجلة العدلية العثمانية، حيث لم تتناول الأخيرة أحكامه. وتتطابق بعد ذلك المواضيع التي عولجت في كليهما.

ونخلص من هذا العرض إلى عدم وجود اختلاف جوهري بين المجلة الشرعية الحنبلية وبين مجلة الأحكام العدلية. فالأولى دارت في فلك الأخيرة وإن زادت عليها أحكام الوقف، وفيما عدا ذلك فإن تأثرهما بالكتابات والصياغة الفقهية واحد.

المبحث الثالث

ملخص الأحكام الشرعية المالكية

٧٧ ـ الملخص وطبعاته:

هو ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية للأستاذ محمد بن عامر المنتهى من تأليفه عام ١٩٣٧م. وقد طبع ثلاث مرات في بنغازي وجدة[١]. قام بالتعليق عليه وتخريج أحاديثه في النسخة التي نعتمد عليها فضيلة الشيخ محمد الأمين بن محمد القاضي بدولة الإمارات العربية المتحدة.

والمطلع على كتاب ملخص الأحكام الشرعية يدرك تميز الكتاب بالدقة العلمية الواضحة في صياغة مواده وترتيب مواضيعه ومنهج دراسة مسائله.

٧٨ ـ الملخص شكلاً وموضوعاً:

يقع كتاب ملخص الأحكام الشرعية في أربعة أقسام وواحد وثلاثين باباً، وتسعمائة وثمانية وعشرين مادة، وترتيب مباحثه كالآتي:

١/٧٨ ـ أولاً: في القضاء ومتعلقاته. ثانياً: في الحقوق العائلية والأحوال الشخصية. ثالثاً: في المعاملات والتبرعات. رابعاً: وأخيراً، في المواريث.

ويعد الكتاب من أوسع محاولات تقنين الفقه الإسلامي إذ تناول موضوعات لم تتناولها المحاولات الأخرى، سواء مجلة الأحكام العدلية أم

---

(١) وصدرت الطبعة الثالثة له سنة ١٩٩٦م، بتحقيق المستشار محمد محمد بن بيب رئيس محكمة استئناف موريتانيا.

غيرها. فعالج المعاملات والتبرعات والقضاء والوقف والأحوال الشخصية بينما عالجت مجلة الأحكام العدلية المعاملات والقضاء فقط، في حين عالجت مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية المعاملات والتبرعات والقضاء والوقف، أما مجموعة قدري باشا فقد عالجت كل موضوع من موضوعات ملخص الأحكام الشرعية في كتاب منفصل.

٧٩ ـ منهج التصنيف في الملخص:

مهد المؤلف لكل قسم بمدخل نظري يلقي الضوء على عموم الموضوع، فمثلاً نجده بدأ القسم الأول «في القضاء» بآيات القرآن الكريم التي تضمنت أحكام القضاء العمومية في الإسلام، كما ضمنها بعض المبادئ العامة التي ينبغي أن تسود القضاء في مفهومه الإسلامي. ومن عباراته مثلاً: «إن القاضي إذا حكم في نازلة بغير الحق ولم يتبع في حكمه ظاهر النصوص الشرعية لا يستريح له ضمير ولا يهدأ له بال». وأحياناً يأتي بتكملة للمواضيع خارج المواد المسلسلة يضع فيها أحكاماً عامةً أو أفكاراً شاملةً، ويختم معظم مواضيعه بخلاصة يجمل فيها المسائل الأساسية في الموضوع[1].

ومصنف الملخص يقسم كل موضوع إلى أبواب فمواد، ويذيل بعض المواضيع بقواعد عامة تساعد في فهمها، ففي الجزء الخاص بالمواريث أضاف خاتمة تشتمل على بعض المسائل الفقهية في المواريث تعين من يرجع إلى الملخص على تطبيق قواعدها تطبيقاً سليماً.

٨٠ ـ بين الملخص ومجلة الأحكام العدلية:

وقد خرج المؤلف عن قالب مجلة الأحكام العدلية التقنيني في التبويب، وفي الأسلوب، إذ لم يفتتح ملخصه إلا بمقدمة بسيطة بين فيها منهجه غير مشير إلى أي من قواعد الفقه في تصدير كتابه على نحو ما فعلت مجلة الأحكام العدلية، وكذلك لم يذكر في مقدمة كل موضوع المصطلحات المستخدمة. وكانت المغايرة بين الملخص والمجلة شديدة الوضوح إذ جاءت خاتمته على شكل ملحق ضم مجموعة

(١) انظر: «ملخص الأحكام الشرعية المالكية».

من القضايا والنماذج للمواثيق والعقود تطبيقاً لما ورد في الملخص من أحكام.

ويمكن القول بأن ملخص الأحكام الشرعية تميز في منهجه الشكلي عن مجلة الأحكام العدلية العثمانية وعن المجلة الشرعية السعودية التي اقتفت آثار الأولى في أغلب خصائصها.

أما من حيث المنهج الموضوعي فإن أول ما يلفت الانتباه في الملخص أنه لم يبدأ بذكر القواعد الفقهية التي اشتهرت بها المجلة العدلية، وهذا لا يعني عدم ورود قواعد فقهية في متن الملخص وإنما كان ورودها فيه تابعاً للموضوع المعالج وبالتالي فإن الدور الذي تؤديه مختلف عنه في المجلة العدلية والمجلة الشرعية، من أمثلة ذلك صنيع المؤلف في الفصل الرابع من الباب الثاني من القسم الأول، وهو الباب الخاص بالقضاء، حين أورد مجموعة كبيرة من القواعد هي:

١ ـ دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح لأن الشريعة مبنية على ذلك.

٢ ـ لا ضرر ولا ضرار، الضرر تجب إزالته، وإذا تعارض ضرران يرتكب أخفهما.

٣ ـ يعتبر في كل ما تترتب عليه الأحكام العلم أو الظن القوي ولا عبرة بالشك لقاعدة: اليقين يرفع بالشك.

٤ ـ كل ما كان إعطاؤه أو إرفاقه على سبيل المكارمة والمواصلة بحسب العادة وقرائن الأحوال لا تسمع دعوى القائم بطلبه.

٥ ـ لا يعذر المرء بجهل إلا فيما يجهله مثله مما يسعه ترك تعلمه ولم يتعلق به حق الغير.

٦ ـ من أتلف شيئاً فعليه قيمته.

٧ ـ الظالم أحق بالحمل عليه.

٨ ـ الضرر الفعلي يوجب الضمان والضرر القولي لا يوجبه.

٩ ـ الأمور تتبع مقاصدها في الأحكام.

١٠ ـ مجرد الاحتمال مانع من القضاء إجماعاً أي من إيقاع الحكم.

٨١ ـ الفرق بين قواعد الملخص وقواعد المجلتين العدلية والحنبلية:

وهذه القواعد السابقة هي التي أخذت أرقام المواد من (٨٩) إلى (٩٨)، وإن جاز انطباق أحكامها على بعض مسائل الفقه الأخرى، كالقاعدة الأولى والثانية والسادسة والثامنة، فإن بقيتها لا يمكن إعمالها إلا في مجال القضاء والتقاضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن موضع القواعد في ذيل باب القضاء يجعل حملها على غيره غير صحيح، على عكس الحال في المجلة العدلية العثمانية والمجلة الشرعية السعودية، حيث وضعت قواعدهما في البداية وقبل التبويب مما جعل أحكامها منصرفة إلى ما تلاهما بعد ذلك من نصوص.

٨٢ ـ التمهيدات والخلاصات في الملخص:

ولعل التمهيدات النظرية والخلاصات الختامية، التي تضمنها الملخص، قد أدت المهمة الأولى والأساسية للقواعد في كل من المجلتين العدلية العثمانية والحنبلية، وهي إلقاء الضوء على المبادئ الخلقية والدينية العامة التي يجب أن يتم على ضوئها تفسير نصوص التقنين ثم تطبيقها.

وقد كان من ذلك استهلال المؤلف كتابه عن القضاء برسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري، وكذلك بيانه لحكم النكاح بين الإباحة والوجوب والمنع، والأصل فيه، وقد استهل بهذا الحكم القسم الثاني من كتاب الأحوال الشخصية. كذلك أورد المؤلف نص خطبة النكاح الشرعية وما يجب قوله عند العقد بياناً لما ينبغي على الناس العمل به.

وخصص المؤلف أبحاثاً فقهية مصغرة للمقارنة بين مواقف المذاهب في بعض المسائل الفقهية الفرعية، من قبيل أقصى مدة للحمل ومتعلقات أحكام الحضانة.

٨٣ ـ صياغة نصوص الملخص وأثر ثقافة صاحبه فيها:

ونصوص ملخص الأحكام الشرعية صيغت صياغة واضحة الضبط، وهي أكثر شبهاً بالنصوص الحديثة عما سبقها من أعمال. ولم يثقل المؤلف كاهل النصوص بأمثلة فقهية بل جعلها في نهاية كل موضوع حين رأى ذلك لازماً، كما فعل في القسم الخاص بالمواريث حيث اتبع أحكام كل نوع من أنواع

الميراث بمجموعة مسائل توضح كيفية التطبيق؛ وقد فاق بهذا المجلة العدلية، التي عاب كثيرون عليها طول نصوصها وأسلوبها الفقهي غير القانوني، الذي تجنبه ملخص الأحكام الشرعية.

ولعل هذا يرجع إلى ازدواج خبرة مؤلفه إذ عمل بالقضاء الشرعي فاكتسب علماً شرعياً ثم عمل بالمحاماة فألم بطبيعة القوانين الحديثة وكيفية صياغتها.

وثمة أثر آخر مباشر لاشتغال المؤلف بالمحاماة إذ يربط رؤيته بواقع الحياة، ففي أحكام التعدي ينص في المادة (٧٩٢٠) على أنه: «إذا اصطدمت سيارتان أثناء سيرهما فانكسرت إحداهما أو كلتاهما فلا ضمان في ذلك إلا أن يثبت أن سائق إحداهما فعل ذلك بالقصد تعدياً». فهذا نص يعالج التعويض والمسؤولية عن اصطدام السيارات، وهو لا شك اجتهاد حديث، وقد خالف المحقق رأي المؤلف مستنداً إلى ما ورد في القوانين الفقهية لابن جزي وهو ما خلاصته أن الضمان لا يشترط له فقط الخطأ وإنما أحياناً كثيرة الضرر اللاحق بالغير[1].

وأياً ما كان الرأي في النص من جهة الصحة أو الخطأ الفقهي، فإنه لا شك وليد الملكة القانونية الحديثة التي اكتسبها المؤلف من ممارسة العمل القانوني.

٨٤ ـ مصادر أحكام الملخص:

وقد قام المؤلف في أغلب نصوصه بالإشارة إلى مصادرها الفقهية في الهامش، ففي المواد أرقام (٧٦٣) و(٧٦٤) و(٧٦٥)، مثلاً، أشار في الهامش إلى كتب القوانين الفقهية لابن جزي ووثائق ابن سلمون وغيرها، وفي مواد أخرى قارن في هامشه بين الحكم الذي اختاره من المذهب المالكي وبين رأي المذهب الحنفي، مثال ذلك نص المادة (٢٣٩) التي تقرر أنه: «يشترط في شاهدي النكاح العدالة، فإن فقدت أو تعذرت فالمهم الاستفاضة، ولا ينبغي الإكثار من الشهود عند مظنة عدم توافر العدالة»، فقد علق عليها في هامشه

(١) انظر ابن جزي، «القوانين الفقهية»، طبعة لبنان، ص٢٨٥، الباب العاشر، التعدي.

بقوله: «لا يشترط عند الحنفية في شاهدي النكاح العدالة فيصح النكاح عندهم وينعقد بشهادة حرين أو حر وحرتين ولو فاسقين أو أعميين لأن الأعمى لا تقبل شهادته فيما عدا النكاح».

وقد أشارت مقدمته إلى حرصه على المقارنة بين مذهب ملخصه وهو المذهب المالكي والمذهب الحنفي، وربما كان صنيعه ذلك للمقارنة بين أحكامه وأحكام المجلة العدلية فيما اشترك بينهما من مواضيع لاعتمادها كما أسلفنا الفقه الحنفي مصدراً لها.

يلاحظ قارئ الملخص في طبعته التي استعملناها أن المحقق نص على فقدان المواد من (٤٠٧) إلى (٤١٣) من النسخ التي اعتمد عليها في عمله، ولذا لم يوردها في الكتاب، وقرر أنها تعالج الخلع لورودها بينه وبين التطليق للضرر. وقد وقعت تحت أيدينا طبعة المطبعة الأهلية بنغازي سنة ١٩٧٣ وهي الطبعة الثانية وبها النصوص كاملة من (٤٠٧) إلى (٤١٣) وهي لا تعالج الخلع وحده وإنما أيضاً النشوز ودواعي الشقاق بين الزوجين وبعث الحكمين[1].

---

(١) ونصوصها على التوالي هي:

مادة (٤٠٤): «إذا طلق المرء زوجته طلقة واحدة عن خلع وكانت هي الأولى أو الثانية سواء أكان مقبوضاً أو متعهداً به أو اسقاطاً لحق في الذمة فالطلاق على هذا الوجه يكون بائناً بينونة صغرى ولا يسوغ بعد ذلك الارتجاع إلا بعقد جديد بشروطه».

مادة (٤٠٥): «متى خالعت الزوجة زوجها وبعد قبوله وطلاقه لها ادعت أن ما وقع منها من الخلع هو لسبب إضراره بها فإنه تسمع دعواها وينظر في ذلك فإن ثبت الضرر صح الطلاق وفسخ الخلع وأمر الزوج برد ما خالعته به إن تسلمه، أو دفع ما أسقطته عنه».

مادة (٤٠٦): «من ادعى أنه طلق زوجته بعد أن تعهدت له بدفع كذا أو أسقطت عنه كذا من حقوقها وأنكرت الزوجة ذلك ولم يثبته عليها بوجه شرعي، فإنه يحكم عليه بلزوم الطلاق البائن لادعائه الخلع فلا يملك رجعتها بدون عقد جديد لإقراره بالبينونة وبعدم استحقاقه الخلع لعدم إثباته له وله عليها حق اليمين».

مادة (٤٠٧): «إذا كان الخلع شاملاً تحمل الحاضنة بنفقة الصغير مثلاً، وكانت الحاضنة فقيرة فلها الحق في مطالبة والده بالإنفاق عليه ويحكم عليه بذلك فإذا أيسرت بعد ذلك الحاضنة المتحملة فله حق الرجوع عليها».

مادة (٤٠٨): «متى وقع الطلاق عن خلع فليس للزوجة نفقة عدة وإن لم تخالع بها إلا إن كانت حاملاً وحملها ظاهراً». =

وتتسم معالجة المؤلف لبعض المواضيع بالاختصار الشديد إذا ما قورنت بمعالجة الكتب الأخرى، ففي عقد البيع لم يوضح تفصيلاً لا أحكام بيع الفضولي، ولا عيوب الإرادة، سوى الغبن غافلاً الإكراه وغيره.

ونختتم عرضنا لكتاب ملخص الأحكام الشرعية بملاحظتين:

أولاً: أهمية الخاتمة التي بها أنهى المؤلف كتابه، لاحتوائها على نماذج العقود وبعض الوثائق وبعض سوابق قضائية وهو لا شك أمر له أهميته في مثل هذا الكتاب، فعلاوة على ما سبغه عليه من الطابع العملي، فإنه يوضح كذلك سهولة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وهي غير مقننة فيما مضى، فكيف بها وقد قننت وأصبحت تحت يد العاملين في الحقل القانوني، ونصوص هذا المؤلف تعد من ابلغ أمثلة ذلك.

ثانياً: عمل المحقق كان مقتصراً على مراجعة الأحاديث والتأكد من صحتها وتخريجها، هذا من جهة ومن جهة أخرى قام بتوضيح مخالفة بعض أحكام النصوص للمعتمد في مذهب مالك، وأوردنا مثالاً سابقاً على ذلك.

= مادة (٤٠٩): «تخالع المرأة الرشيدة عن نفسها، ويخالع الأب الوصي أي يقبل الخلع عن الزوج الصغير ولهما إنجاز الخلع الذي أوقعه القاصر».

مادة (٤١٠): «النشوز هو عصيان المرأة زوجها نابذة طاعته أو مانعة له من وطئها والاستمتاع بها بغير عذر أو خروجها بغير إذن زوجها. قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا﴾. المقصود من الضرب الخفيف غير المبرح وذلك إن عصت فيما يجب وعلم أن ذلك يصلح أمرها. وقد أخرج البخاري في رواية عبد الله بن زمعة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم».

مادة (٤١١): «للحاكم عند مرافعة الزوجين وإدعاء الزوجة سوء معاشرة زوجها لها وعدم قيام الحجة على ذلك أن يأمر الزوج بإسكانها في جوار قوم صالحين ليشهدوا على المسيء منهما كي يظهر الأمر بعد للحاكم».

مادة (٤١٣): «متى ثبت تعدي الزوج على زوجته بضرب مبرح لغير موجب شرعي ولو كان خفيفاً، أو سب أو إهانة أو إعراض عنها فللحاكم زجره، وتأديبه بما يراه من توبيخ أو ضرب أو سجن ثم إذا تكررت دعواها الضرر وثبت ذلك أيضاً وطلبت التطليق بالضرر فإنها تجاب لذلك».

مادة (٤١٤): «متى اشتد النزاع بين الزوجين ولم يظهر للحاكم شيء من حالهما وجب بعث الحكمين بمقتضى نص القرآن».

المبحث الرابع

مشروع قانون للعقد من الشريعة الإسلامية

٨٥ ـ توطئة:

قدمت هذا المشروع إلى مجلس الشيوخ مجموعة من مستشاري محكمة النقض المصرية برئاسة المستشار محمد صادق فهمي باشا وعضوية كل من: الشيخ ياسين سويلم والشيخ الطيب النجار والشيخ علي عبد المجيد والشيخ عبد الحميد شاهين والشيخ إمام حسين والشيخ علي البولاقي والشيخ أحمد أحمد علي والشيخ عبد اللطيف السبكي والشيخ إبراهيم النجار والأستاذ إبراهيم مفتي الجزايرلي وكيل محكمة النقض والإبرام وحسن إسماعيل الهضيبي بك المستشار بمحكمة النقض والإبرام وأحمد علي علوبة بك المستشار بمحكمة النقض وأحمد فهي إبراهيم بك المستشار بمحكمة النقض والإبرام.

وقد قدم هذا المشروع إلى مجلس الشيوخ في عام ١٩٤٨، إبان مناقشة مشروع القانون المدني المقدم من اللجنة التي شكلت لوضعه برئاسة السنهوري باشا. «وهذا المشروع نموذج لتقنين الشريعة الإسلامية كقانون مدني واختارت [أي اللجنة] لذلك باب العقد الذي هو أساس المعاملات المدنية مستمدة أحكامه من مختلف مذاهب الشريعة الإسلامية، راعت فيه المبادئ المعمول بها في القانون المدني الحالي وما استقر عليه القضاء المصري منها التي هي موجودة أيضاً في عموم الشريعة الغراء»[(١)]. «فهذا المشروع، كما يتضح من الكلمة التي قدم له بها، مأخوذ من مجموع المذاهب الفقهية المختلفة لا من مذهب دون آخر، هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فقد راعى واضعو المشروع

(١) المشروع المقدم لمجلس الشيوخ، سنة ١٩٤٨، المقدمة.

نصوص القانون المدني المعمول به آنذاك وحاولوا قدر استطاعتهم عدم مخالفتها كلياً.

٨٦ ـ أصحاب المشروع:

مقدمو المشروع مجموعة من المستشارين في محكمة النقض المصرية. ونقول «مقدموه» لأن ليس كل من صدق عليه قد ساهم في وضع نصوصه كما يبدو لأول وهلة من مطالعته. فالذي وضعه هو المرحوم الدكتور محمد صادق فهمي، المستشار بمحكمة النقض، ثم عرضه على بقية الأعضاء فقاموا بالتصديق عليه بعد مناقشته فيما جاء به من نصوص. وفي ذلك يقول محمد صادق فهمي باشا في الأعمال التحضيرية للقانون: «... لقد أردت أن أستأنس برأي إخواني إذ يجوز أن أكون مخطئاً لأن كل إنسان معرض للخطأ، وبناء على ذلك قمت بعمل طبعة على البالوظة حتى لا أظهر بمظهر المعرقل للمشروع، وبعد ذلك قابلت سعادة الوكيل بك وحلمي عيسى باشا وجمال الدين أباظة بك وقدمت لهم نسخة من هذه الطبعة...... والواقع أن بعض حضرات الزملاء قد أجهد نفسه إذ بعد مرور شهر تقريباً على وضع ملاحظاتي تبين لهم أن هناك خطأ في بعض مسائل، وعلى ذلك اجتمعت في نادي القضاء مع ثلاثة من حضرات المستشارين...... وبعد ذلك أتممت عملي وقلت لهم هذا هو رأيي ورأي زملائي......»[١] يتضح من هذه الكلمات أن العمل عمل صادق فهمي باشا الذي عرضه على بقية الأعضاء فصدقوا عليه ثم قدم إلى مجلس الشيوخ باسمهم جميعاً.

٨٧ ـ الهدف منه:

نوقش المشروع في جلسات مجلس الشيوخ بتاريخ ١٩٤٨/٥/٣٠ و١٩٤٨/٦/١ و١٩٤٨/٦/٧ و١٩٤٨/٦/٨ وأخيراً جلسة ١٩٤٨/٦/١٢. وكان هدفه الأساسي محاولة تعديل مشروع القانون المدني من خلال انتقاده إياه في أمرين أساسين هما:

---

(١) «الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري»، الجزء الأول، ص٤٤.

١ ـ كون المشروع خليطاً من مجموعة قوانين مختلفة لا علاقة لها بالقانون المدني القديم.

٢ ـ كونه استبعد الشريعة الإسلامية ـ على ما رأى أصحابه ـ على الرغم من نص المادة الثانية من القانون «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد. . .» وقد اعتبر أصحاب المشروع هذا النص غير كافٍ مطالبين باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لهذا القانون، لا مجرد مصدر ضمن مجموعة أخرى يقدم بعضها عليه.

وجدير بالذكر أن صادق بك فهمي قد أثار نقاطاً أخرى مختلفة أثناء مناقشات المجلس، منها وجوب التعديل الجزئي لا الكلي للقانون القديم وأيضاً صياغة النصوص والقواعد التفسيرية للنصوص الجديدة التي يجب أن يرجع إليها القاضي في التطبيق[١].

٨٨ ـ الرد على انتقادات أصحاب المشروع:

وقد رد الأستاذ السنهوري ـ باعتباره واضع مشروع القانون المدني ـ على هذه الانتقادات جميعاً بما فحواه:

١ ـ فيما يتعلق باستمداد القانون من الشريعة وحدها فقد رد على ذلك السنهوري باشا بقوله: «. . . استبقينا كل الموجود فيما عدا المسائل التي ليست لها قيمة يعني أن القانون الحالي كان قد أخذ بعض المسائل من الشريعة الإسلامية، وأستطيع أن أقول إن كل الموجود تقريباً قد استبقيناه. . .وبعد ذلك أضفنا بعض القواعد العامة والتفصيلات وفيما يتعلق بالقواعد العامة لا أستطيع أن أقول إننا أخذناها من الشريعة إلا فيما يتعلق بنظرية التعسف في استخدام الحق[٢] . . .

وكذلك نجده يرد على كون الشريعة جاءت بين مجموعة من المصادر

---

(١) «الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري»، ص٥١.

(٢) المرجع السابق، ص٩٠.

وغير مقدمه على غيرها بقوله: «أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبني عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج بها الصدور، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون الجديد، ما يعاون على قيام هذه النهضة»[1]. من هذا الرد يتضح أن وضع الشريعة ضمن مصادر القانون المدني كان خطوة في سبيل جعلها المصدر الأساسي له يوماً ما، أي أن التدرج هو سبيل ذلك، لا وضعها كمصدر دون عمل ممهد لذلك. وهي خطة حكيمة تراعي المتطلبات الواقعية للانتقال من نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر.

٢ ـ أما فيما يتعلق بكون كثير من نصوص المشروع مستمدة من أكثر من مصدر قانوني ـ أي عدم وجود مرجعية مما يؤدي لتنوع مخل في المصادر التفسيرية ـ فرد عليه السنهوري باشا أثناء المناقشات بأن قال: «النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطور... فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات وما يخضع له من مقتضيات، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه أياً كان هذا المصدر».

٣ ـ وقد أكد الأستاذ السنهوري على ضرورة التعديل الكلي للقانون، بأن القضاء يعمل على تنقيح القانون القديم بأحكامه منذ صدوره وتبين عيوبه من الواقع العملي وأن الأوان قد آن للتعديل آخذين في الاعتبار ما توصل إليه القضاء.

---

(١) «الوسيط»، عبد الرازق السنهوري، طبعة نادي القضاة، سنة ١٩٨١، الجزء الأول، ص٦٠.

ويتبين لقارئ مشروع العقد ـ خاصة مع الوضع الذي انتهجه واضعوه في المقارنة بينه وبين مشروع القانون المدني آنذاك ـ القانون المدني الحالي ـ البون الشاسع بين كل من النص الأصلي والنص المقترح، فالنص الأصلي يفوق المقترح في صياغته وإحكامه بعدة مراحل، فالتطويل كان ميزة أساسية للنصوص المقترحة على عكس النصوص الأصلية إضافة لعدم دقة العبارة وإحكامها.

٨٩ ـ هل كان المشروع مستمداً من الفقه الإسلامي؟

ونختم هذا الحديث عن مشروع العقد برد السنهوري باشا على كون النصوص المقترحة في ذلك المشروع مستمدة من الشريعة ففي قوله وفي كلماته كل الكفاية لإظهار البون الشاسع بين المشروعين، إذ قال: «وبيان ذلك أن نظرية العقد ـ وهي النظرية التي أورد فيها صادق بك فهمي نموذجه ـ يمكن حصر الكلام عنها في مراحل ثلاث: كيف يتكون العقد صحيحاً، ثم كيف يرتب أثره، ثم كيف ينقض، فما قولكم في أن نموذج صادق بك لم يأت إلا بأحكام القوانين الحديثة في هذه المراحل الثلاث، وهي بعيدة كل البعد عن أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرغم من ذلك يصر صادق بك إلى القول بأن نموذجه ينقل أحكام الشريعة الإسلامية.

فأسباب بطلان العقد، وهي التي تمنع من تكوينه صحيحاً، في الشريعة الإسلامية تختلف كل الاختلاف عن أسباب بطلان العقد في القوانين الحديثة. وكلنا يعلم أن أسباب بطلان العقد في القوانين الحديثة هي الغلط والتدليس والإكراه ونقص الأهلية. فإذا رجعنا إلى الشريعة الإسلامية وجدنا أن الغلط لا توجد له نظرية عامة، ولا نجد فقيهاً من فقهاء المسلمين يقول إن الغلط بوجه عام يكون أثره كذا في العقد. إنما تتكلم كتب الفقه الإسلامي عن غلط يقع في جنس الشيء المعقود عليه، كمن يشترى ماساً فيجده زجاجاً، وهنا يكون العقد باطلاً ـ لا قابلاً للأبطال ـ لانعدام المحل، فإذا لم يكن الغلط في الجنس، فقد يكون في الوصف على أن يرد بالوصف شرط خاص. فيقال إن هناك خيار الوصف، وهذا الخيار لا يمنع انعقاد العقد ولا صحته ولا نفاذه بل إن العقد الذي فيه خيار الوصف منعقد وصحيح ونافذ، ولكنه يكون غير لازم لخيار الوصف. ويوجد إلى جانب خيار الوصف خيار العيب الخفي، والفرق ظاهر

بين نظرية البطلان النسبي ونظرية العيب الخفي. هذا هو المقرر في الشريعة الإسلامية، فلنرجع الآن إلى ما يقوله صادق بك، وهو يضع النص الآتي: «إذا وقع غلط من المتعاقدين أو من أحدهما في صفة المعقود عليه أو في شخص العاقد أو في صفته أو في القانون، وكان ذلك الغلط هو الدافع على التعاقد جاز لمن وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك». وهذا النص يخالف كل المخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يوجد نص في الفقه الإسلامي يجعل للغلط هذه الأحكام التي يقررها صادق بك. وتحت يدي الآن النصوص التي تؤيد ما أقول كلمة كلمة.

وننتقل إلى التدليس. التدليس في الفقه الحنفي يسمى «التغرير» ولابد أن يصحبه غبن. وهناك رسالة معروفة لابن عابدين هاجم فيها كل من يقول بغير هذا الرأي. صحيح أن مذهب مالك يقول بالتدليس دون الغبن ولكن المذهبين متفقان على أن جزاء التدليس ليس أن يكون العقد قابلاً للابطال، فالعقد الذي داخله التدليس يكون منعقداً صحيحاً نافذاً، ولكنه يكون غير لازم لخيار التغرير أو التدليس وصادق بك في نموذجه لا ينقل شيئاً من هذا إطلاقاً بل يورد نصاً يطابق نص مشروع القانون المدني، ويدعي أن هذا حكم الشريعة الإسلامية، وهو بعيد عنها كل البعد.

وإذا انتقلنا من التدليس إلى الإكراه نجد الحنفية ينقسمون فيه، ففريق يجعل عقد المكره موقوفاً وفريق آخر يجعله فاسداً. فهم بين الوقف والفساد ولا يزيدون على هذا شيئاً. وصادق بك ينقل في نموذجه نص مشروع القانون المدني مدعياً أنه هو حكم الشريعة الإسلامية. وشتان ما بين الحكمين، فالعقد الموقوف والعقد الفاسد في الشريعة الإسلامية غير العقد القابل للإبطال في مشروع القانون المدني وفي نموذج صادق بك. ذلك أن العقد الموقوف لا ينتج أثره في الحال أما العقد القابل للإبطال فينتج أثره في الحال، والعقد الموقوف صحيح والعقد القابل للإبطال غير صحيح، فلا يمكن القول بأن العقد الموقوف هو العقد القابل للإبطال. كذلك العقد الفاسد عند الحنفية ـ وهم الذين قالوا بفكرة فساد العقد دون غيرهم ـ غير العقد القابل للإبطال. فالعقد الفاسد يستطيع كل من المتعاقدين فسخه ويستطيع القاضي أن يفسخه من تلقاء نفسه،

أما العقد القابل للإبطال فلا يطالب بإبطاله إلا أحد المتعاقدين دون الآخر ولا يستطيع القاضي أن يبطله من تلقاء نفسه.

ونظرية البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف كل الاختلاف عن نظرية البطلان في القوانين الحديثة، ففي الشريعة الإسلامية العقد إما أن يكون باطلاً أو صحيحاً (وزاد الحنفية الفساد كما قدمنا). والصحيح إما أن يكون موقوفاً أو نافذاً، والنافذ إما أن يكون غير لازم أو لازماً. أما القوانين الحديثة فالعقد باطل أو قابل للإبطال أو صحيح. وقد نقل صادق بك في نموذجه نظرية القوانين الحديثة في البطلان زاعماً أنها نظرية الشريعة الإسلامية، وشتان ما بين النظريتين.

وإذا تركنا تكوين العقد إلى ما يرتبه من أثر، فالمعروف في الشرع الإسلامي أن العقد مقصور أثره على المتعاقدين. أما أن العقد قد يرتب أثراً للغير، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير، فهذا غير معروف أصلاً في الشريعة الإسلامية، بل لم يكن معروفاً حتى في القوانين الحديثة إلا في أحوال معينة، ثم تطور التعامل واتسع نطاق عقود التأمين فوجدت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في القوانين الحديثة. وقد اندهشت كثيراً عندما رأيت صادق بك في نموذجه يورد النظرية الحديثة للاشتراط لمصلحة الغير زاعماً أن الفقه الإسلامي يعرف هذه النظرية مع أنني عندما كنت أضع مشروع القانون العراقي بحثت كثيراً عن أثر لهذه النظرية في الفقه الإسلامي فلم أجد شيئاً لا في مبدأ النظرية ولا في تفصيلاتها، كالاشتراط لمصلحة شخص غير معين أو لشخص مستقبل الوجود.

ثم إذا انتقلنا إلى انقضاء العقد، رأينا أن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظرية عامة للفسخ على غرار القوانين الحديثة. وكل ما جاء في البيع أن البائع إذا اشترط خيار النقد جاز له فسخ العقد إذا لم يقبض الثمن. وخيار النقد هذا لا يوجد إلا في المذهب الحنفي، وهو باطل عند مالك.

فالعقد في الشريعة الإسلامية يتكون ويرتب أثره وينقضي على وجه يختلف تماماً عما هو مقرر في القوانين الحديثة، ومع ذلك يأتي صادق بك بنموذج يورد فيه جميع أحكام القوانين الحديثة في هذه المسائل، ويزعم أنها أحكام الشريعة الإسلامية.

ولو صح أن النصوص التي أوردها صادق بك في نموذجه ـ وهي تطابق نصوص المشروع ـ هي أحكام الشريعة الإسلامية، لجاز لنا أن نقول نحن أيضاً عن نصوص المشروع إنها هي أحكام الشريعة الإسلامية، ولأسقطنا بذلك الحجة التي تقدم بها.

٩٠ ـ فساد الصنعة في مشروع قانون العقد:

ونموذج صادق بك يكاد يماشي المشروع نصاً نصاً. فإذا انحرف عنه في نص واحد زل وعثر. ونأتي على ذلك بمثالين:

١ ـ أتى المشروع بنص في الحوادث الطارئة، هذا هو: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام القانوني، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك...». وقد عني بصياغة النص عناية كبيرة، وروعيت في وضعه الدقة والمرونة. وكان في إمكاننا بعد ذلك أن نقول إن النص مأخوذ من الشريعة الإسلامية (في فسخ الإيجار بالعذر) ولكننا تحاشينا ذلك والتزمنا جانب الدقة فلم نقل إلا أن النص الذي يقول إنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية. وهذا هو: «يراعي في الحوادث غير المتوقعة التيسير ورفع الضرر». فانظروا إلى الفرق ما بين النصين وكيف زل النموذج وعثر عندما انحرف عن النص الوارد في المشروع.

٢ ـ جاء في المشروع النص الآتي: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد». أما نموذج صادق بك فقد أورد النص على الوجه الآتي:

«يتم العقد بين طرفين متى صدر منهما ما يدل على رضائهما من قول أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك مع مراعاة ما يقرره القانون من شروط معينة لصحة العقد ولزومه». ونموذج صادق بك يزل زلة لا تغتفر عندما يجعل «صحة العقد ولزومه» مقابلاً «لانعقاد العقد» ثم هو يزل زلة أخرى لا تقل في الجسامة عن

الزلة الأولى عندما يذهب إلى أن الشريعة الإسلامية تقبل أن يتخذ التعبير عن الرضاء أي مظهر من قول أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك. فالأصل في التعبير عن الرضا عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون بالخطاب. والكتاب كالخطاب أما إشارة غير الأخرس فقد اختلفوا فيها. ولم يتفقوا على جواز بيع المعاطاة. فكيف يقال بعد ذلك إن أي مظهر للتعبير عن الرضاء يكون مقبولاً في الشريعة الإسلامية. الحق إن نموذج صادق بك ـ ويقول إنه ينقل أحكام الفقه الإسلامي ـ لم يبتعد عن شيء قدر ابتعاده عن أحكام الفقه الإسلامي»[١].

٩١ ـ أهمية تقديم مشروع قانون العقد:

الواقع أن كلمات السنهوري باشا السابقة التي واجه بها مشروع العقد المقترح ـ والذي لم يتمسك به حتى نهاية المناقشات في مجلس الشيوخ سوى مؤلفه ـ صحيحة إلى أبعد حد، فالمشروع بصفة عامة ضعيف ولا يرقى للمستوى العلمي المفروض لا موضوعياً ولا شكلياً، وربما كان سبب احتفاء بعض الهيئات به ـ حيث أفردت له مجلة المحاماة ملحقاً خاصاً ـ أنه كان صيحة ودعوة عبرت عما يختلج في وجدان الأمة من رغبة في العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية.

ويكفي المشروع أمران هما:

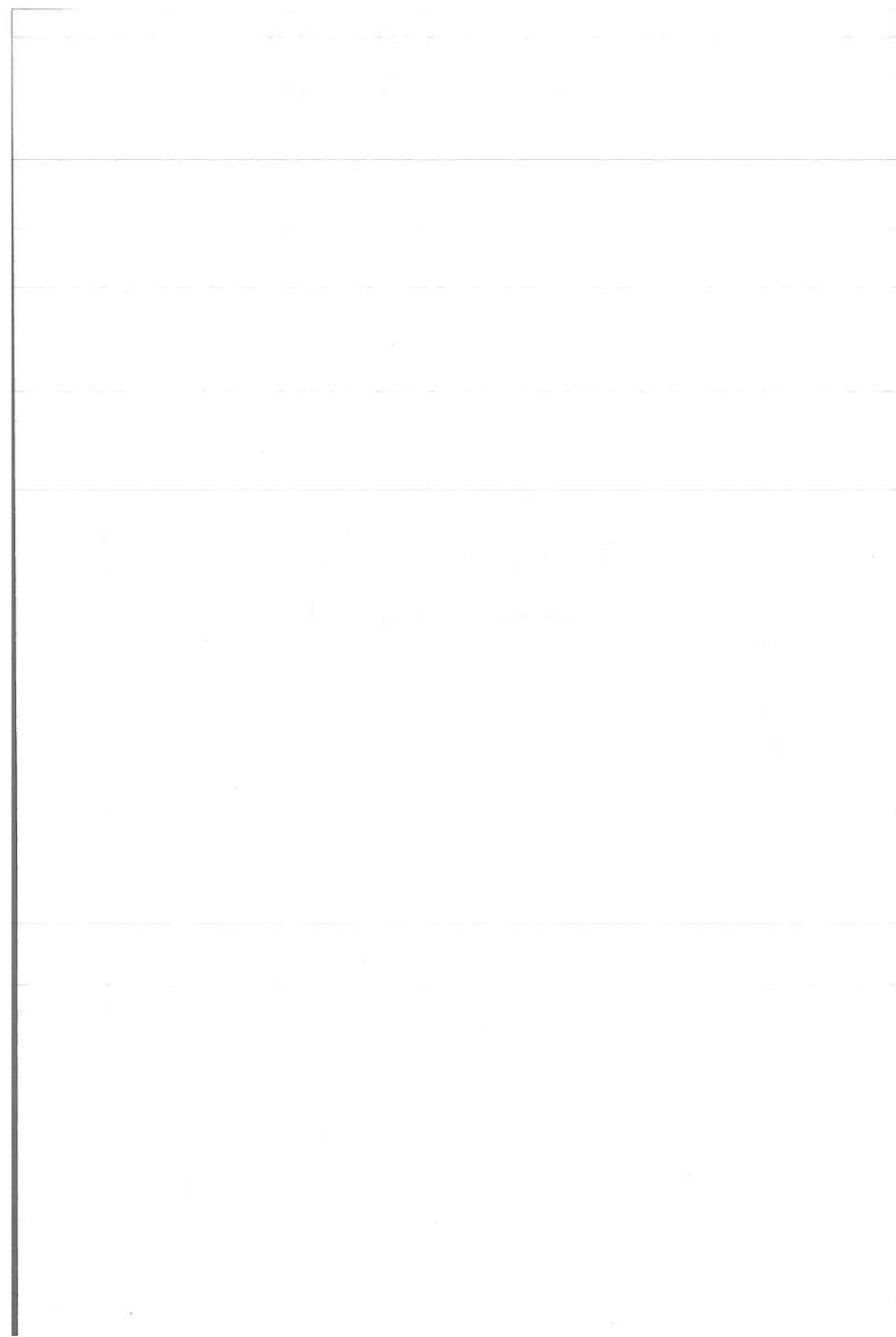
١ ـ أنه عبر من خلال مقدميه عن أن كبار رجال الدولة من فقهاء وقضاة يريدون أن تكون الشريعة هي المصدر الأساسي للتشريع.

٢ ـ أنه دفع السنهوري باشا إلى الدفاع عن القانون المدني بما أبرز مزاياه الكثيرة، بل وأسفر هذا الدفاع عن الكشف عن النية الصادقة للسنهوري باشا في تطوير وضع الشريعة باعتبارها أحد مصادر التشريع.

(١) الأعمال التحضيرية، ٧١ و٧٢.

الباب الثاني

تأثير مجلة الأحكام العدلية
على القوانين العربية



٩٢ ـ تمهيد: الدول العربية والمجلة العدلية:

تنقسم الدول العربية من حيث علاقتها بالمجلة إلى ثلاث مجموعات:

فهناك الدول التي طبقت فيها المجلة فور صدورها ومنها: العراق والأردن وسوريا وفلسطين.

وهناك الدول التي اختارت المجلة لتكون قانونها المدني أو لتكون مصدراً له ومنها: الكويت والإمارات العربية المتحدة.

وهناك دول لم تطبق فيها المجلة، فلم تعرفها نظمها القانونية مثل: مصر واليمن والمملكة العربية السعودية ودول المغرب العربي.

٩٣ ـ تطبيق المجلة في الدول العربية كان بصور مختلفة:

والدول التي طبقت فيها مجلة الأحكام العدلية لم تطبقها جميعاً بصورة واحدة. فهناك دول طبقتها بجميع نصوصها المدنية والتجارية مثل: الكويت ولبنان، وهناك دول طبقت منها القسم المدني كالأردن والعراق؛ فالعراق كان يطبق قانون التجارة العثماني الصادر عام ١٨٥٠م إلى أن صدر قانونه التجاري عام ١٩٤٣م ثم من بعده قانون عام ١٩٧١م الذي ألغى بدوره ليحل محله قانون التجارة الصادر عام ١٩٨٤م[١].

والأردن كان يطبق بعض قواعد قانون التجارة الإنجليزي وكذلك قانون التجارة العثماني الصادر عام ١٨٥٠م إلى أن صدر قانون التجارة الأردني عام ١٩٦٦م مستمداً أحكامه من القانونين السوري الصادر عام ١٩٤٩م واللبناني الصادر عام ١٩٤٢م والمستمدة أحكامهما من القانون الفرنسي[٢].

---

(١) الدكتور زهير عباس كريم، «مبادئ القانون التجاري»، ص٢٠، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥، منشورات مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع.

(٢) الدكتور جعفر الموصلي، والدكتور منذر الفضل، «المدخل للعلوم القانونية»، ص٦٨، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٧، منشورات جامعة الموصل.

٩٤ ـ كذلك كان تأثيرها على القوانين المدنية الجديدة:

ويظهر تأثير المجلة في القوانين المدنية للدول العربية بصور مختلفة فهناك مجموعة من الدول العربية لا يبدو للمجلة تأثير مباشر في قوانينها المدنية، وإن كان الباحث قد يقف على مواضع للتأثير غير المباشر في بعضها أو بعض موضوعاتها. وأهم هذه الدول هي مصر وسوريا والعراق. فأما مصر فالمجلة لم تطبق فيها أصلاً. وأما العراق وسوريا فإنهما، بالرغم تطبيق المجلة فيهما في العهد العثماني، فإن قانونيهما المدنيين كانا من وضع الأستاذ السنهوري، فتأثرت أحكامهما وصياغتهما بالمنهج الذي اتبعه السنهوري في صنع القانون المدني المصري، حتى إنه يمكن أن يقال عن هذه القوانين (ومعها القانون المدني الليبي) قوانين المدرسة المصرية في البناء التشريعي والصياغة القانونية.

٩٥ ـ وهناك ـ من جهة أخرى ـ لبنان الذي استورد مجموعاته القانونية استيراداً مباشراً من الدول الغربية، وفي ذلك يقول الأستاذ صبحي محمصاني: «وبالجملة فالقوانين اللبنانية الجديدة مأخوذة عن أرقى القوانين والاجتهادات الأوربية وهي متشبعة بأحدث النظريات الحقوقية الرائجة في فرنسا وألمانيا وسويسرا وغيرها»[١].

٩٦ ـ وهناك قوانين كان تأثير المجلة فيها تأثيراً مباشراً:

وأهم هذه القوانين هي قوانين الكويت والأردن والإمارات العربية المتحدة. وسوف نتناول بالدراسة المقارنة ـ مع المجلة ـ في هذا الباب القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

٩٧ ـ القانون الكويتي أقل تمثيلاً لمجموعة القوانين المتأثرة بالمجلة:

وقد استبعدنا من نطاق الدراسة المقارنة القانون المدني الكويتي لأن القانون المدني في الكويت قد مر بمراحل عديدة بدأت بإصدار قانون التجارة سنة ١٩٦١م متضمناً النظرية العامة للالتزامات ومستفيداً من نصوص كثيرة من

---

(١) «فلسفة التشريع في الإسلام»، الأستاذ صبحي محمصاني، ص٨٨، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢.

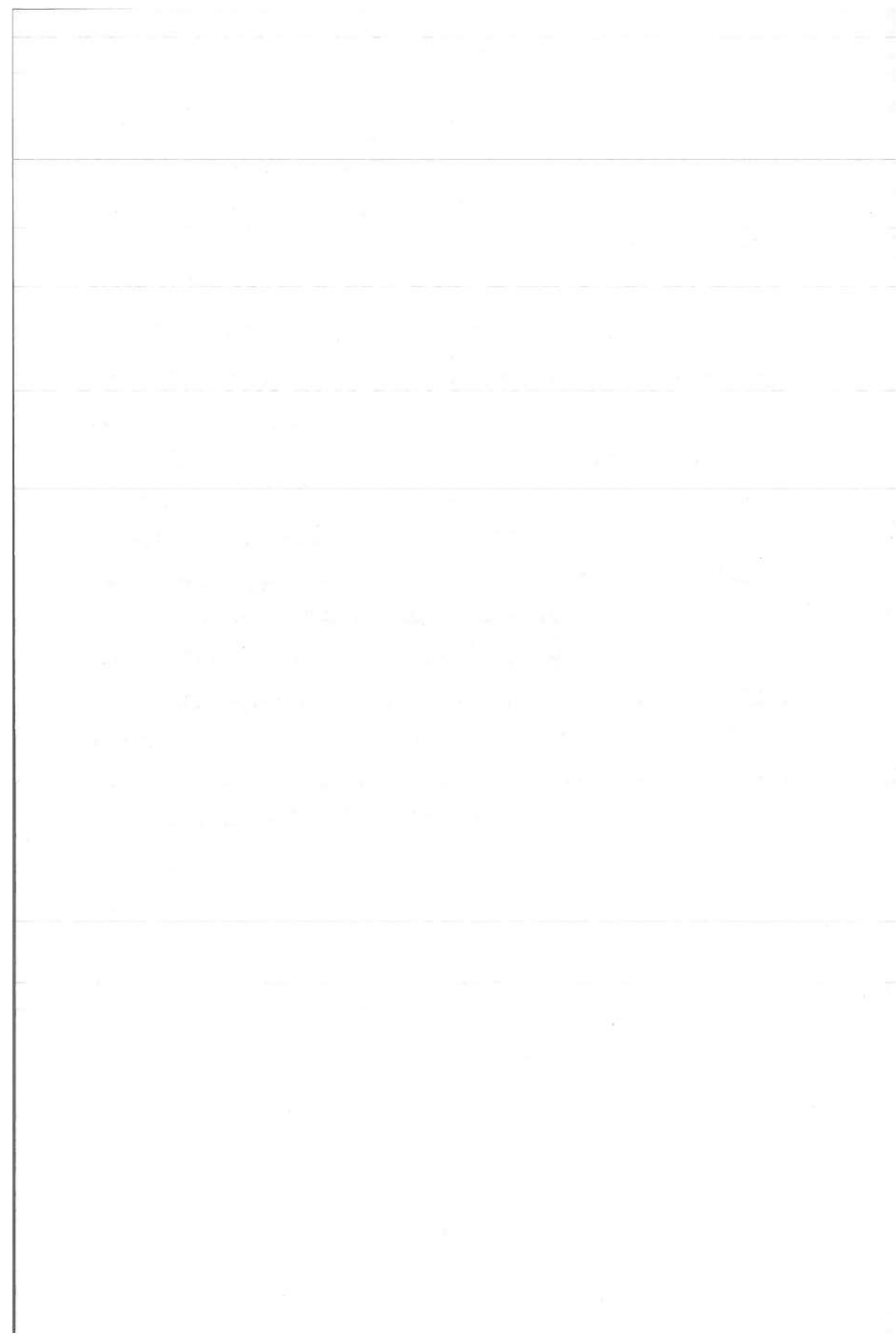
المجلة التي كانت ـ آنئذ وحتى سنة ١٩٨١م ـ مطبقة في الكويت باعتبارها القانون المدني للبلاد. ثم صدر قانون التجارة الجديد سنة ١٩٨٠م والقانون المدني الذي عمل به اعتباراً من سنة ١٩٨١م، وتوزعت الأحكام التي أثرت في القانون الكويتي ـ أخذاً عن المجلة ـ بين هذه القوانين الثلاثة وقل عددها، واندمج ما أخذ عنها في بناء قانوني متكامل غير متصل في أصله بها؛ مما باعد بين المجلة ـ في مجموعها ـ وبين التأثير المباشر على القانون الكويتي.

٩٨ ـ قانون الأردن والإمارات أوضح مثالين على تأثير المجلة في القوانين المدنية العربية:

فالأردن ظل يطبق المجلة باعتبارها قانونه المدني حتى عام ١٩٧٦م عندما صدر القانون المدني الأردني ليعمل به اعتباراً من عام ١٩٧٧م. وكانت المجلة أكبر مؤثر على نصوصه ومبادئه العامة. ودولة الإمارات العربية المتحدة اختارت المجلة لتكون قانونها المدني ـ فهي لم تطبق فيها تبعاً لتطبيقها في الأراضي أو الولايات العثمانية ـ ثم اتخذتها مصدراً مباشراً لقانون المعاملات المدنية الذي صدر سنة ١٩٨٥م متأثراً بالمجلة والقانون الأردني معاً.

ولذلك اخترنا القانون المدني الأردني نموذجاً لقوانين الدول التي طبقت فيها المجلة فور صدورها. واخترنا قانون المعاملات المدنية في الإمارات العربية المتحدة نموذجاً لقوانين الدول التي طبقت المجلة باختيارها في وقت لاحق، إذ لم تطبق فيها باعتبارها أرضاً عثمانية.

وسوف نخصص لدراسة كل من هذين القانونين فصلاً من فصلي هذا الباب.



الفصل الأول

القانون المدني الأردني

٩٩ ـ تقسيم:

نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، نتناول في أولهما المعالم العامة للقانون المدني الأردني.

وفي ثانيها تأثير المجلة على الكتاب الأول من القانون (كتاب الحقوق الشخصية).

وفي المبحث الثالث ندرس تأثير المجلة على الكتاب الثاني (كتاب العقود).

وفي المبحث الرابع ندرس تأثير المجلة على الكتابين الثالث والرابع (كتاب حق الملكية وكتاب التأمينات العينية).

المبحث الأول

المعالم العامة للقانون المدني الأردني

١٠٠ ـ مصادر القانون المدني الأردني:

قدم لمشروع القانون المدني الأردني رئيس اللجنة التي كلفت بوضعه السيد بهجت التلهوني[١] قائلاً: «عمدنا إلى تحديد عملنا ووضع خطتنا في إعداد المشروع معتمدين على المراجع والمصادر الآتية:

١ ـ مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه.

٢ ـ التشريعات والقوانين الأردنية المعمول بها.

٣ ـ مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان.

٤ ـ كافة التشريعات والقوانين المعاصرة والمستمدة من الفقه الإسلامي»[٢].

فمجلة لأحكام تقع في صدر مصادر القانون، والمطالع للمذكرات الإيضاحية لهذا القانون يجد ردف كل نص مصادره أو أصوله أو ما يقابله من مجلة الأحكام العدلية وغيرها من القوانين المختلفة.

١٠١ ـ تقسيم القانون المدني الأردني وتبويبه:

يقع القانون الأردني في ١٤٤٩ مادة في أربعة كتب، هي، على التوالي، بعد الباب التمهيدي:

١ ـ كتاب الحقوق الشخصية.

---

(١) انظر: «المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني»، و«مجلة الأحكام العدلية»، الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٨.

(٢) «المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني»، ص٢٤ ـ ٢٧.

٢ ـ كتاب العقود.

٣ ـ كتاب حق الملكية.

٤ ـ كتاب التأمينات العينية.

وسوف نتناول علاقة نصوص المجلة المختلفة بهذه الكتب الأربعة بعد أن نرى ذلك في الباب التمهيدي.

١٠٢ ـ تأثير المجلة على الباب التمهيدي:

يقع الباب التمهيدي في (٨٦) مادة، أشارت المذكرة الإيضاحية في حديثها عن (٣٤) مادة منها إلى المجلة.

وقد تنوعت صور تأثير نصوص المجلة على الباب التمهيدي، وتنوعت درجات هذا التأثير من نقل مباشر، إلى تأثير في الحكم مع تغير الصياغة أو تطويرها، أو تطويرهما معاً، على النحو الذي يتبين من الفقرات التالية.

١٠٣ ـ النقل الحرفي عن نصوص المجلة:

نقل القانون المدني الأردني عن المجلة مباشرة في مواضع عديدة من الباب التمهيدي، ويمكننا أن نأخذ مثالاً لذلك نص المادة رقم (٤) من القانون الذي يقرر أن: «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه». وجاء في المذكرة الإيضاحية أنه رؤي الاكتفاء بالقاعدة المبينة بالمادة العاشرة من المجلة؛ وبالرجوع إليها نرى أن المشرع الأردني أخذ بذات النص مع تغيير الكلمة الأخيرة، فنص المجلة أنه «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه». وستأتي أمثلة أخرى للنقل الحرفي من المجلة عند التعليق على موقف القانون الأردني من القواعد الفقهية.

١٠٤ ـ تأسيس حكم القانون على قاعدة من قواعد المجلة:

في هذه الصورة نرى القانون الأردني يجعل قاعدة من قواعد المجلة سنداً لنص جديد لا نظير له فيها، ويطبق المعنى الفني للقاعدة الفقهية وهو كونها أصلاً يتخرج عليه ما لا يحصى من الفروع الفقهية[1]. ونمثل لهذه الصورة من

(١) راجع مقدمة العلامة الشيخ مصطفى الزرقا «للقواعد الفقهية»، ص٣٥ وما بعدها.

صور تأثير المجلة بما نصت عليه المادة (٤٢) من القانون من أنه:

١ ـ يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين.

٢ ـ ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة.

٣ ـ والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص أنه: «قد بنيت هذه المادة على أن استعمال الناس وعرفهم حجة يجب العمل بها وتطبيقها بمقتضى المادة (٣٧) من المجلة». وبالرجوع إلى نص المادة المذكورة من المجلة نجدها تنص على أن: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها».

١٠٥ ـ الأخذ بحكم نص المجلة مع تغيير صيغته ونصه:

ومثال ذلك ما قررته المادة (٥٦) من القانون التي نصت على أن:

١ ـ الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزائها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن.

٢ ـ والقيمية ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود أفراده في التداول»

وأشير في المذكرة الإيضاحية إلى مراجعة المواد (١٤٥) و(١٤٦) من المجلة، وقد جرى نص هاتين المادتين كما يلي:

المادة (١٤٥) «المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به».

والمادة (١٤٦): «القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة».

فقد أخذ القانون بمضمون ما جاء في نصوص المجلة ولكن بصياغة مختلفة تتناسب مع صياغات القوانين العصرية.

١٠٦ ـ الأخذ بأصل حكم المجلة مع تطويره بما يناسب العصر:

وقد تأخذ مادة القانون من مادة المجلة حكماً معيناً ثم تطور صياغته وتطور الحكم نفسه بما يناسب التطور العصري المسوّغ لشرع ذلك الحكم. ومثال ذلك نص المادة (٦٠) من القانون المدني الأردني إذ نصت على أنه:

١ ـ تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الحكمية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام.

٢ ـ ولا يجوز في جميع الأحوال التصرف في هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان».

وجاء في المذكرة الإيضاحية في القانون تعليقاً على هذه المادة أنه: «قد اعتمد في حكم المادة بعد تعديلها على نص المادة (١٦٧٥) من المجلة». وهذه الأخيرة تنص على أنه «لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم، كالطريق العام والنهر والمرعى، مثلاً لو ضبط أحد المرعى المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل القرية تسمع دعواهم».

فقد ربطت المادة (٦٠) من القانون في تعريف المال العام بين ملكية الدولة وبين كون المال مخصصاً لمنفعة عامة، بينما اقتصر تعريف المال العام في نص المادة (١٦٧٥) من المجلة على ارتباطه بمنفعة عامة. ولا شك أن هذا مرتبط بتغيير شكل الدولة الآن ومصالحها وهيئاتها عمّا كانت عليه وقت صدور المجلة.

١٠٧ ـ الإفادة من شروح المجلة:

وأحياناً قد يرجع المشرع إلى شروح نص المجلة وليس إلى نصها نفسه فيأخذ منهما معاً ويتوسع في صياغة نص القانون بتقييد العبارة المطلقة التي جاءت بها المجلة أو تفصيل مجملها أو تخصيص عامها. ومثال ذلك المادة (٦٦) من القانون والتي جرى نصها على أنه:

١ ـ يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢ ـ ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ ـ إذا توفر قصد التعدي.

ب ـ إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج ـ إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د ـ إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة».

وتحيل المذكرة الإيضاحية إلى مراجعة شرح المادة (٩١) من المجلة لعلي حيدر والتي تنص على أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان». فالملاحظ بالنظر إلى هذين النصين أن المشرع الأردني قد توسع في صياغة هذا النص، تقييداً لما فيه من الإطلاق وتفصيلاً لما فيه من الإجمال، ووضع لاستعمال الحق غير المشروع ضوابط مختلفة لم تأت بها مادة المجلة، وإنما جاء في الفقه الإسلامي ما يدل عليها، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون بقولها: «وضع المشرع قاعدة لمباشرة الحقوق استناداً إلى ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية المتفقة مع ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية إساءة استعمال الحق، وبذلك أتيح للمشرع أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة وأن يساير التشريع والفقه في العصر الحاضر بأخذه بمبادئ الفقه الإسلامي».

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (٨٤) من القانون من أنه: «يقبل قول المترجم الموثوق إذا كان عالماً باللغتين بعد حلفه اليمين لدى الجهة المختصة». فهذا النص يضيف قيدين إلى ما نصت عليه المادة (٧١) من المجلة من أنه: «يقبل قول المترجم مطلقاً». وقيد الوثوق بالمترجم العالم باللغتين شرط موضوعي يرجع إلى تقدير القاضي، والمقصود بحلف اليمين زيادة الاستيثاق من عدالته وحياده بين الخصمين، أما شرط علمه باللغتين فهو وإن كان مفترضاً وإلا ما سمي مترجماً فإن إضافته للبيان إضافة نافعة وهي تتيح للقاضي مطالبته بإثبات هذا العلم بشهادة علمية أو مهنية.

١٠٨ ـ التأثير المباشر لقواعد المجلة:

لا يمكن الحديث عن تأثر نصوص الباب التمهيدي بنصوص المجلة دون

الحديث عن تأثرها بالقواعد الفقهية التي احتلت صدر مجلة الأحكام العدلية من المادة (٢) إلى المادة (١٠٠).

فكما ذكرنا آنفاً أشارت المذكرة الإيضاحية في شأن (٣٤) مادة من مواد الباب التمهيدي إلى مواد المجلة. وثمة (٢١) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بصددها إلى القواعد الفقهية. وقد تباينت أشكال التأثر بالقواعد الفقهية في هذه المواد على النحو التالي:

١٠٨/١ ـ نقل نص المجلة نفسه مع تغيير كلمة أو كلمتين مثلما فعلت المادة الرابعة من القانون التي أخذت بنص المادة (١٠) من المجلة على نحو ما سلف بيانه[1]. ومثال ذلك أيضاً نصوص المواد أرقام (٧٤ و٧٥ و٧٧ و٧٨) من القانون، وقد أخذت هذه النصوص من نصوص المجلة على النحو التالي:

١٠٨/٢ ـ تنص المادة (٧٤) على أن «اليقين لا يزول بالشك». وهي مأخوذة حرفياً عن المادة (٤) من المجلة والتي تنص على أن «اليقين لا يزول بالشك».

١٠٨/٣ ـ وتنص المادة (٧٥) على أن «الأصل بقاء ما كان على ما كان كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم».

وهي مجرد جمع بين نصيّ مادتي المجلة رقمي (٥) و(٩) واللذان يقرران أن:

المادة (٥): «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

المادة (٩): «الأصل في الصفات العارضة العدم».

١٠٨/٤ ـ وتنص المادة (٧٧) على أن «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» وهي مأخوذة مع تغيير طفيف في لفظها عن المادة رقم (٧٦) التي تنص على أن:

«البينة للمدعي واليمين على من أنكر».

١٠٨/٥ ـ وتنص المادة (٧٨) على أن «البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل».

(١) انظر البند (٧٣) السابق.

وهي مأخوذة بحروفها عن نص المجلة رقم (٧٧) الذي يقرر الحكم نفسه بذات الألفاظ:

كانت هذه الأمثلة دليلاً على النقل من القواعد الفقهية وهو النوع الأول من أنواع التأثر بها.

١٠٩ ـ إشارات المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة تعوزها الدقة أحياناً:

يكون نص القانون مأخوذاً أو مؤسساً على نص معين في المجلة وتشير المذكرة الإيضاحية إلى ذلك إشارة غير دقيقة أو غير صحيحة، مثال ذلك نص المادة (٤١) من القانون الذي جرى على أن:

١ ـ موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً.

٢ ـ ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها».

وأحالت المذكرة الإيضاحية إلى المادة (١٦١٦) و(٩٨٧) بقولها إنه:

«بمقتضى المادة (١٦١٦) من المجلة يكون الأولياء والأوصياء لفاقدي الأهلية مدعين أو مدعى عليهم بالنيابة عنهم ولذلك يكون وطن هؤلاء هو وطن أولئك، وبما أن الذي بلغ خمسة عشر سنة يعتبر بالغاً بمقتضى المادة (٩٨٧) من المجلة ويصح منه بعض التصرفات فيعتبر موطنه الخاص بالنسبة لتلك التصرفات الجائزة منه».

والمادة المشار إليها من المجلة ليست هي المقصودة فالمادة التي اعتبرت أن من بلغ خمسة عشر سنة يعتبر بالغاً هي المادة (٩٨٦) من المجلة حيث نصت على أن «مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنوات ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة».

بينما نصت المادة (٩٨٧) من المجلة على أن من أدرك سن البلوغ ولم تظهر فيه أثار البلوغ يعد بالغاً حكماً».

فنص المادة (٩٨٧) وحده دون نص المادة (٩٨٦) لا يفهم منه أن من بلغ خمسة عشر سنة يعد بالغاً، ولذلك كان الأولى أن تأتي الإشارة إلى النصين معاً لا إلى أحدهما دون الآخر. ومن ثم فإن مراجعة مواضع التأثير في القانون المدني الأردني لا تكفي فيها مراجعة إشارات المذكرة الإيضاحية وحدها، بل لابد من مراجعة النصوص في المجلة ومقارنتها بنصوص القانون.

وقد اكتفينا بعدد قليل من الأمثلة إذ المقصود هو الدلالة على دور نصوص المجلة في التأثير على نصوص الباب التمهيدي للقانون المدني الأردني، لا حصر مواضع هذا التأثير واستقصاؤها.

المبحث الثاني

تأثير المجلة على الكتاب الأول من القانون المدني الأردني

يقع الكتاب الأول في (٣٧٨) مادة، أشارت المذكرة الإيضاحية في صدر (٢٤٥) مادة منها إلى نصوص المجلة منها (٦٥) إحالة إلى قواعد فقهية.

١١٠ ـ تقسيم الكتاب الأول:

ينقسم الكتاب الأول إلى بابين أولهما عالج مصادر الحقوق الشخصية ويقع في خمسة فصول هي:

١ ـ العقد.

٢ ـ التصرف الانفرادي.

٣ ـ الفعل الضار.

٤ ـ الفعل النافع.

٥ ـ القانون.

وثانيهما عالج آثار الحق ويقع في ستة فصول هي:

١ ـ أحكام عامة.

٢ ـ وسائل التنفيذ.

٣ ـ التصرفات المشروطة بالتعليق والأجل.

٤ ـ تعدد المحل.

٥ ـ تعدد طرفي التصرف.

٦ ـ انقضاء الحقوق.

ونشير فيما يأتي إلى مدى تأثر كل من هذين البابين بنصوص المجلة.

١١١ ـ الباب الأول: مصادر الحقوق الشخصية:

في هذا الباب (٢٢٦) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية في شأن (٢١٢) مادة منهما إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية، وأغلب هذه الإشارات في الفصل الأول الذي عالج العقد؛ أما في الفصل الثاني الذي تناول التصرف الانفرادي فليس في المذكرة الإيضاحية أية إشارة لنصوص مجلة الأحكام.

ويتضح سبب ذلك من المقدمة التي وضعها المشرع لهذا الباب حيث قررت أنه «قد تتبع المشرع في الإرادة المنفردة أحكام الفقه الإسلامي غير ملتزمٍ مذهباً معيناً».

وبما أن المجلة قد أخذت أغلب أحكامها من الفقه الحنفي فلذلك لم تشر المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة في بيانها لمصدر كل مادة واكتفت بإشارات إلى كتب فقهية مختلفة.

أما الفصل الثالث الذي تناول الفعل الضار فقد أوضح المشرع منهجه في الأخذ فيه عن المجلة بما نصت عليه المذكرة الإيضاحية من أنه: «اهتمت المجلة شأنها دائماً بإيراد كثير من التفاصيل والتطبيقات مع المبدأ أو بدونه ولكن المشرع وجه جل اهتمامه إلى تقرير المبدأ دون أن يجعل من منهجه إيراد تطبيقات من شأنها التغير والتبدل وخصوصاً وقد تغيرت سبل الحياة المعاصرة عن تلك التي وضعت في ظلها التطبيقات، تاركاً للقضاء والفقه الاجتهاد في التطبيق على ما يجد من حوادث ونوازل مما يساعد على التجديد والابتكار على الأسس التي قام عليها الفقه الإسلامي».

أما الفصل الأخير والذي تناول الفعل النافع بفروعه المختلفة (الكسب بلا سبب وقبض غير المستحق والفضالة وقضاء دين الغير) فقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن المشرع قد أخذ بالأحكام المسلمة في الفقه الإسلامي مع ترك التفاصيل لاجتهاد الفقهاء والقضاء، ومصداق هذا أنه في (١٩) مادة أخذت (٧) مواد من نصوص المجلة، منها ست مواد أخذت عن قواعد فقهية. أما الفصل الخامس الذي تناول القانون فيقع في مادة واحدة لم يشر فيها إلى المجلة.

ويمكننا بيان تأثر مواد الفصول السابقة بمواد المجلة على النحو التالي:

١١٢ ـ التأثر بالقواعد الفقهية:

أشارت (٤٣) مادة من نصوص الباب الأول من الكتاب الأول إلى القواعد الفقهية. من هذه الإشارات (٣٠) إشارة في الفصل الأول الذي تناول العقد، وقد أخذ المشرع في هذه النصوص عن القواعد الفقهية بأساليب متباينة هي:

١/١١٢ ـ نقل نص المجلة حرفياً، مثال المادة (٢١٤) التي نقلت نص المادة (٣) من المجلة والتي قررت أن «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

وجرت على ذلك نصوص القانون من المادة (٢١٥) إلى المادة (٢٣٨)، فقد نقلت القواعد الفقهية كما جاءت في المجلة دون تغيير.

٢/١١٢ ـ وقد يبنى المشرع الأردني حكم مادته القانونية على ما هو مفهوم من القاعدة الفقهية، مثال ذلك المادة (٢٦٢) التي نصت على أن: «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى كل من مادتي المجلة رقمي (٢١) و(٢٢) اللتان جرى نصّاهما على أن: «الضرر يزال» وأن «الضرورات تبيح المحظورات»، فهنا أسس حكم المادة (٢٦٢) من القانون المدني الأردني على حكم القاعدتين الفقهيتين الواردتين في المجلة فهو مبني عليهما.

٣/١١٢ ـ قد يرجع النص الأردني في جزء من مادته إلى القاعدة الفقهية وفي جزء آخر إلى قاعدة آخرى، مثال ذلك نص المادة (٢٩٤) الذي جرى على أنه:

١ ـ من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير ما لم يقض القانون بغير ذلك.

٢ ـ لو خرج ملك شخص من يده بلا قصور واتصل قضاء وقدراً بملك

غيره اتصالاً، لا يقبل الفصل، دون ضرر على أحد المالكين، تبع الأقل في القيمة الأكثر، بعد دفع قيمته، ما لم يقض القانون بغير ذلك» وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى ثلاث من قواعد المجلة هي على التوالي:

نص المادة (٢٧) «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

نص المادة (٢٩) «يختار أهون الشرين».

نص المادة (٥٣) «إذا بطل الأصل يصار إلى البدل».

والجمع بين حكم هذه النصوص الثلاثة هو الذي أدى بالمشرع الأردني إلى صياغة نص المادة (٢٩٤) على النحو السالف ذكره. والنصان الأولان هما أساس الفقرة (٢) من تلك المادة والنص الثالث هو أساس فقرتها الأولى.

٤/١١٢ ـ وقد تشير المذكرة الإيضاحية إلى قاعدة فقهية اتخذت مصدراً للحكم الاحتياطي وليس للحكم الأصلي المقرر في نص المادة المعنية من القانون، ومثال ذلك المادة (١٠٠) التي نصت على أنه:

١ ـ يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

٢ ـ وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على المسائل فيعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى مادتي المجلة رقمي (٤٣) و(٤٤) وقد نصتا على:

المادة (٤٣) «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

المادة (٤٤) «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

والمادة (١٠٠) من القانون تناولت حالة قبول من وجه إليه الإيجاب للمسائل الجوهرية فيه وجواز انعقاد العقد مع عدم الاتفاق على بعض المسائل

التفصيلية. ولا يمكن أن تكون القواعد الفقهية المذكورة مصدراً لذلك، وإنما هي مصدر للحكم الأخير في المادة (١٠٠) الذي هو حكم احتياطي يقرر أن تفصل المحكمة في أي نزاع يثور طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهو ليس الحكم الأصلي المقصود من المادة (١٠٠).

١١٣ ـ التأثر بباقي نصوص المجلة الموضوعية:

يلاحظ على بقية نصوص هذا الباب التي أشارت المذكرة الإيضاحية في شأنها إلى نصوص المجلة الأخرى أنها لم تأخذها بحرفيتها وإنما غيرت صيغة النص بدرجات متفاوتة من موضع إلى آخر. ولم يقتصر ذلك على الأحكام الموضوعية التفصيلية، بل وقع حتى في التعريفات التي أشارت إلى الاعتماد على المجلة، ونضرب فيما يأتي أمثلة لذلك.

١١٤ ـ في تعريف العقد:

مثال ذلك نص المادة (٨٧) التي تعرف العقد بقولها:

«العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر».

فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه «قد اعتمد في هذا التعريف على المادة (١٠٣) من المجلة......»، وبالرجوع إلى المادة المذكورة في المجلة نجد أنها نصت على أن «العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول». ونص القانون المدني الأردني هنا تفصيل وإيضاح لنص المجلة الذي جاءت الإشارة إليه في المذكرة الإيضاحية أو هو صياغة جديدة متطورة للحكم المقرر بنص المجلة أصلاً.

١١٥ ـ في سلطة الزوج:

في بعض الأحيان كان تأثر القانون الأردني بما جاء في بعض شروح المجلة. مثال ذلك نص المادة (١٤٢) من القانون التي نصت على أن:

«الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها

مثلاً لتتنازل عن حق لها أو تهب له مالاً ففعلت كان تصرفها غير نافذ».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى شرح علي حيدر لنصوص الإكراه في المجلة ـ وهي من المادة (١٠٠٤) إلى المادة (١٠٠٧) ـ ولا نجد فيها ما يماثل نص المادة السابقة، فأخذ القانون الأردني هنا بما يفهم من أحد شروح المجلة وليس بالنص ذاته.

١١٦ ـ في جواز فسخ العقد:

كذلك قد تشير المذكرة الإيضاحية لمادة ما إلى أكثر من مادة من مواد المجلة، مثال ذلك المادة (١٧٦) التي تناولت العقد غير اللازم وقد جرى نصها على أن:

١ ـ يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض.

٢ ـ ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى المواد أرقام (١١٤ و١١٥ و٣٠٠ إلى ٣٦٠ و٣٦٧ و٣٧٦) من المجلة.

وتنص المادة الأولى من هذه المواد (١١٤ من المجلة) على أن: «البيع اللازم: هو البيع النافذ العاري عن الخيارات»

وتنص المادة الثانية (١١٥) على أن «البيع غير اللازم: هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات».

أما النصوص من (٣٠٠) إلى (٣٦٠) فتناولت الخيارات المختلفة، وهي: خيار الشرط وخيار الوصف وخيار النقد وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ثم الغبن والتغرير. وأما المادة (٣٦٧) فتنص على أنه «إذا وجد في البيع أحد الخيارات فلا يكون لازماً».

وتنص المادة (٣٧٦) على أنه: «إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار».

ولا يمكن أن تكون كل هذه المواد مصدراً لنص المادة (١٧٦) من القانون المدني الأردني ولكنها بمثابة شروح لها تزيدها إيضاحاً وتعطى للراغب في التوسع مجالاً أكبر لفهم أبعاد النص.

١١٧ ـ متى يكون الوعد ملزماً:

وأحياناً عند عدم وجود أصل للموضوع في المجلة يخالف المشرع رأي المذهب الحنفي، وينص على ذلك، ويأخذ برأي فقهي من مذهب آخر، مثال ذلك المادة (٢٥٤) وهي التي عالجت الوعد ونصت على أن:

١ ـ الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في المال وقد يقع على عقد أو عمل.

٢ ـ ويلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس».

وجاء في المذكرة الإيضاحية ما نصه أن: «الحنفية والشافعية والحنابلة على أن هذا من قبيل التبرع والتبرع غير ملزم عندهم وخالف في ذلك مالك...... وقد رؤى في المشروع الأخذ برأي ابن شبرمة والمذهب المالكي استجابة لمبدأ البر بالعهود...».

فقد عدل المشرع هنا عما جاء في المذهب الحنفي، المستمدة منه أغلب نصوص المجلة، وأخذ بالمذهب المالكي. وهذا أحد المواضع التي أشارت إليها مقدمة مشروع القانون عندما ذكرت أنه أخذ من الفقه الإسلامي بمذاهبه كلها[١].

١١٨ ـ الباب الثاني: آثار الحق:

جعل القانون الأردني الباب الثاني من الكتاب الأول بعنوان آثار الحق، وهو يضم كما أسلفنا[٢] ستة فصول. ونسجل فيما يلي أهم الملاحظات الخاصة بعلاقة هذا الباب بنصوص المجلة:

١/١١٨ ـ يلاحظ أن نصوص هذا الباب أقل تأثراً بنصوص المجلة من

---

(١) راجع البند رقم ١١٩ السابق.

(٢) راجع البند رقم ١٢٩ وما بعده.

نصوص الباب الأول. فمن بين (١٥٢) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية في شأن ثلاث وثلاثين مادة فقط إلى بعض نصوص المجلة.

٢/١١٨ ـ لا يخرج تأثر المواد التي أشير في التعليق عليها إلى نصوص المجلة عمّا ذكر في شأن الباب الأول مما يجعل تناول التفاصيل الفنية في هذا الشأن تكراراً لا مسوغ له.

٣/١١٨ ـ يلاحظ في هذا الباب أمر لم يوجد في الباب الأول من هذا الكتاب وهو تراجع الإشارة إلى نصوص المجلة في مواضيع كاملة، كالتخيير في المحل الذي نظمته في المواد (٤٠٧) إلى (٤١٠)، وعلة ذلك ذكرتها المذكرة الإيضاحية في تعليقها على بعض نصوص هذا الموضع بقولها: «هذا الحكم محل نظر في الفقه الإسلامي وقد أخذ المشروع بما اتفقت عليه التقنينات الحديثة جميعها وهذه تتفق بدورها مع المبادئ العامة للقانون»[1].

كذلك التضامن بين المدينين وعدم قابلية التصرف للتجزئة رجع فيهما القانون الأردني إلى الفقه الإسلامي بدائرته الواسعة ولم يتخذ من نصوص المجلة مصدراً له، وأحياناً لا تشير المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة أو إلى المذهب الحنفي لأخذ القانون عن مذهب آخر، كما هو الحال في النصوص التي تناولت الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن المشرع أخذها عن المذهب المالكي مع التعديل في بعض المواضع التي أخذ فيها برأي الفقه الشافعي والحنبلي.

٤/١١٨ ـ آخر ما يمكن قوله عن هذا الباب إن القانون لم يأخذ صياغة المجلة بحرفيتها في أيّ مادة من مواده التي اعتبر المجلة مصدراً لها، فقد غير صياغات المواد لتصبح أكثر تلائماً ومناسبة للصياغات القانونية الحديثة، مثال ذلك المادة (٣٨١) من القانون حيث نصت على أنه:

«يترتب على الحكم بالحجر على المدين ألا ينفذ في حق دائنيه جميعاً تصرفه في ماله الموجود والذي يوجد بعد إقراره بدين لآخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء».

---

(١) تعليق «المذكرة الإيضاحية» على نص المادتين ٤١٠ و٤١١ من القانون، الجزء الأول، ص٤٦٢.

وأشير في المذكرة الإيضاحية إلى المادة (١٠٠٢) من مجلة الأحكام والتي جرى نصها على أن «الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى إبطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله، بناء عليه لا تعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق العزماء في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر. ولو أوفى لآخر بدين لا يعتبر إقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ويعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديوناً بأدائها ذلك الوقت وأيضاً ينفذ إقراره على أن يؤدي مما اكتسب بعد الحجر».

فالمشرع حول التفصيل الذي صيغت به المادة (١٠٠٢) من المجلة إلى قاعدة مؤداها عدم نفاذ تصرفات المحجور عليه ولا إقراراته، وترك جميع التفاصيل التي تلحق ذلك أو تترتب عليه لما يفرزه الواقع من أحوال مختلفة.

والذي قام به المشرع إزاء المادة (١٠٠٢) سالفة الذكر وغيرها هو عكس ذلك الذي قام به أحياناً مع القواعد الفقهية. إذ يبنى على مرادها بتوسع في مواده القانونية أو يخرج عليها أموراً عديدة فتصبح القاعدة الواحدة مصدراً لأكثر من مادة في القانون.

المبحث الثالث

تأثر الكتاب الثاني من القانون المدني الأردني بالمجلة

الكتاب الثاني من القانون تناول العقود بأنواعها المختلفة وهو مقسم إلى خمسة أبواب هي على التوالي:

الباب الأول: عقود التمليك (البيع والهبة والشركة والقرض والصلح).

الباب الثاني: عقود المنفعة (الإجارة والإعارة).

الباب الثالث: عقود العمل (المقاولة والعمل والوكالة والإيداع والحراسة).

الباب الرابع: عقود الغرر (الرهان والمقامرة، المرتب مدى الحياة، التأمين).

الباب الخامس: عقود التوثيقات الشخصية (الكفالة والحوالة).

وباستقراء هذه النصوص ومذكراتها الإيضاحية يلاحظ الآتي على هذا الكتاب:

١١٩ ـ توسع هذا الكتاب في الأخذ عن المجلة:

ففي الباب الأول (١٦٢) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى نصوص المجلة.

وفي الثاني (١١٢) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى نصوص المجلة.

وفي الثالث (١٣٤) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى نصوص المجلة.

وفي الرابع (٤١) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى نصوص المجلة.

وفي الخامس (٥٢) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى نصوص المجلة.

١٢٠ ـ الأخذ عن النصوص الموضوعية:

تراجعت القواعد الفقهية في هذا الكتاب تاركة المجال أمام نصوص المجلة الموضوعية. فالكتاب به (٥٥٣) مادة أخذت بطريق مباشر أو غير مباشر عن نصوص المجلة، وهناك (٨٦) مادة أخذت عن القواعد الفقهية أو استنبطت منها في مقابل (٧٦) مادة في كل من الكتاب الأول والباب التمهيدي اللذين يقعان في (٤٦٤) مادة.

١٢١ ـ الأخذ بمضمون النصوص دون ألفاظها:

بالرغم من كثرة الإشارة إلى نصوص المجلة المختلفة فإن الأخذ بحرفية النصوص يكاد يكون منعدماً، حتى في النصوص التي أشارت إلى القواعد الفقهية فإنها لم تنقلها حرفياً. وهذا كما ذكرنا من قبل يعود إلى اختلاف الصياغة القانونية في العصر الحديث عما كانت عليه وقت صدور المجلة.

١٢٢ ـ في تعريفات العقود التي عرفتها المجلة:

يعالج هذا الكتاب العقود المختلفة وقد عرف كل عقد قبل تناوله لطبيعته وأركانه، وقد أشارت أغلب النصوص التي تناولت تعريف العقود إلى نصوص المجلة المقابلة ورغم هذا لم تأخذ بحرفية النصوص أو بمفهومها الخاص، ومن أمثلة ذلك:

المادة (٤٦٥) من القانون التي نصت على أن «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض» وأشير في المذكرة الإيضاحية إلى المادة (١٠٥) من المجلة التي نصت على أن «البيع مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد».

والمادة (٥٥٧) من القانون التي نصت على أن:

١ ـ «الهبة تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض.

٢ ـ ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى

نص المادة (٨٣٣) من المجلة الذي يعرف الهبة بأنها «تمليك مال الآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والاتهاب بمعنى قبول الهبة أيضاً».

والمادة رقم (٥٨٢) من القانون التي نصت على أن:

«الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة». وجاء في المذكرة الإيضاحية أنه «اعتمد في التعريف على المادتين (١٣٢٩) و(١٣٣٠) من المجلة.......» وقد جرى نص المادة (١٣٢٩) على أن: «الشركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم».

ونص المادة (١٣٣٠) على أن «ركن شركة العقد الإيجاب والقبول لفظاً أو معنى.......».

والمادة رقم (٦٥٨) التي نصت على أن:

«الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى المادة (٤٠٥) من المجلة التي تنص على أن «الإجارة في اللغة: بمعنى الأجرة وقد استعملت في معني الإيجار أيضاً وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم» ونص المجلة هذا في شقه الثاني هو الأقرب ـ في المجموعة السابقة من النصوص ـ للنص القانوني الذي أخذ عنه.

والمادة (٨٣٣) من القانون التي تنص على أن «الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى نص مادتي المجلة رقمي (١٤٤٩) و(١٤٥٩). وتنص الأولى على أن «الوكالة تفويض أحد أمره إلى آخر وإقامته مقامه ويقال لذلك الشخص موكل ولمن قام مقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به»، وتنص المادة (١٤٥٩) على أنه «يصح أن يوكل أحد غيره في الخصومات التي يقدر على إجرائها بالذات وبإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات مثلاً لو وكل أحد غيره

بالبيع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وإيفاء الديون واستيفائها وقبض المال يجوز ولكن يلزم أن يكون الموكل به معلوماً». فالمادة رقم (٨٣٣) من القانون لخصت ما جاء في المادتين السابقتين وأعادت صياغته فجاء حكمها كما رأيناه في صدر هذه الفقرة.

وهكذا في جميع تعريفات العقود التي أحالت إلى نصوص المجلة فإن القانون لم يأخذ أبداً بحرفية نص المجلة وإنما هو:

١ ـ إما أخذ بالمضمون العام كاملاً.

٢ ـ أو أخذ بجزء منه دون آخر.

٣ ـ أو أخذ منه ثم أضاف إليه.

١٢٣ ـ في تعريفات العقود التي لم تعرِّفها المجلة:

حرص المشرع الأردني في تقنينه للعقود التي لم تعرفها مجلة الأحكام العدلية كعقود الغرر التي عالج تحتها:

١ ـ الرهان والمقامرة.

٢ ـ المرتب مدى الحياة.

٣ ـ عقد التأمين.

حرص المشرع فيها على الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وإلى بعض القواعد الفقهية التي وردت في المجلة مستخدماً تعبير «استلهمت حكم هذه المادة» ثم يشير إلى رقم نص المجلة، مثال ذلك المادة رقم (٩٢٢) التي نصت على أنه: «مع مراعاة أحكام المادة السابقة يجوز أن يتم التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الحوادث الشخصية وطوارئ العمل والسرقة وخيانة الأمانة وضمان السيارات والمسئولية المدنية وكل الحوادث التي جرى العرف والقوانين الخاصة على التأمين ضدها».

وجاء في المذكرة الإيضاحية أنه قد «استلهم حكم هذه المادة من المواد (١٩) و(٢٢) و(٥٨) من المجلة وشرحها لعلي حيدر».

وبالرجوع إلى هذه النصوص نجدها قد تضمنت القواعد الآتية:

نص المادة (١٩): «لا ضرر ولا ضرار».

نص المادة (٢٢): «الضرورات تقدر بقدرها».

نص المادة (٥٨): «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة».

ولا نفهم الصلة بين هذه النصوص ونص المادة (٩٢٢) من القانون إلا في ظل ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية من أنه «أصبح عقد التأمين من العقود المتعارف عليها بين الناس والتي يترتب عليهم اللجوء إليه أحياناً رعاية لمصالحهم أو بمقتضى قوانين خاصة تلزمهم بذلك وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في جوازه غير أننا إذا لاحظنا ما جاء في المادة الأولى من الأصول التشريعية التي بنيت عليها أحكام المعاملات في مشروع التقنين المالكي[1] والتي نصها (الأصل في عقود المعاملات وأنواعها وكيفياتها هو ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه إلا أن يتعارفوا أو يتراضوا على ما يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال فلا يعمل به ولا يترتب عليه آثاره) وما جاء في المادة الثانية منه ونصها (الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يدل الدليل الشرعي على الحظر) وما في مذكرتيهما الإيضاحية، وإذا لاحظنا أن مثل هذه العقود تنطوي على نوع من التعاون بين المستأمنين في مواجهة الأخطار التي قد تحيق بأحدهم بغية التعويض عليه بما يؤدون من أقساط، وأن العرف الجاري بصددها لا يخالف كتاباً ولا سنة نبوية فلا نرى مانعاً شرعياً منه لذلك.

فقد رؤي الأخذ بجواز التأمين وتنظيم الأعراف السائدة بهذا الشأن ضمن نطاق ما تدعو إليه الحاجة ولا يتعارض مع كتاب أو سنة أو نظام عام تبعاً لما قرره الفقهاء من جواز ضمان أخطار الطريق على الوجه المبين في شرح المادة (٦٨٥) من شرح المجلة لعلي حيدر».

---

(١) المقصود هو «ملخص الأحكام الشرعية» الذي صنعه الأستاذ محمد محمد بن عامر، وقد درسناه في المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذه الرسالة، انظر البند رقم ٧٧ وما بعده من هذه الرسالة.

١٢٤ ـ تأصيل القانون الأردني لمشروعية عقد التأمين:

فقبول المشرع لفكرة عقد التأمين ومشروعيته مؤسس على أمور عدة أهمها أن الأصل في عرف الناس المشروعية إلا ما خالف منها حكماً شرعياً، ثم اعتبار المشرع لجوء الناس إلى هذه العقود إما لاضطرار أو لالتزام قانوني معين. من هنا تفهم العلاقة بين المادة (٩٢٢) وبين القواعد الفقهية، التي أحالت إليها المذكرة الإيضاحية، فهي تجيز التأمين ضد أخطار محددة وتختتم النص بقولها «وكل الحوادث التي جرى العرف والقوانين الخاصة على التأمين ضدها» فالعرف أو الضرورة القانونية هي التي تدفع إلى مثل هذه العقود، وهو ما لا يفهم أساس مشروعيته إلا بالرجوع إلى القواعد الفقهية السابقة.

١٢٥ ـ الإحالة الإجمالية إلى نصوص المجلة:

وملاحظتنا الأخيرة على نصوص هذا الكتاب أن المذكرة الإيضاحية في كثير من الأحيان لم تحل بشأن آحاد النصوص القانونية إلى نصوص المجلة وإنما جمعت في الإحالة بين مجموعة من النصوص تعالج موضوعاً معيناً ثم أحالت بشأنها إلى مجموعة أخرى من نصوص المجلة دون أن تخصص نصاً بنص، مثال ذلك المواد من (٧٧٠) إلى (٧٧٥) التي تناولت التزامات المستعير فقد أحالت في شأنها المذكرة الإيضاحية بقولها «ويمكن معرفة تفاصيل هذه الأحكام على الوجه الوارد في المواد المشار إليها من الرجوع إلى...... والمواد (٨١٥) و(٨١٨) و(٨٢١) و(٨٢٣) و(٨٢٤) و(٨٢٧) و(٨٣٠) من المجلة».

وبالعودة إلى نصوص المجلة نجدها قد تناولت تفصيلاً كل ما يتعلق بالتزامات المستعير مع تدعيم ذلك بالأمثلة التفصيلية.

فما جاء في المذكرة الإيضاحية يجعل نصوص المجلة هنا بمثابة مذكرة تفسيرية لنصوص القانون المذكورة.

المبحث الرابع

المجلة والكتابان الثالث والرابع من القانون المدني الأردني

تمهيد:

تناول الكتاب الثالث حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه في بابين متتاليين، وهو يقع في (٣٠٤) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأن (١٨٥) مادة منها إلى نصوص المجلة. ونجمل فيما يأتي ملاحظتنا حول علاقة هذا الكتاب بنصوص المجلة.

١٢٦ ـ الأخذ عن القواعد الفقهية:

أخذت عن القواعد الفقهية في هذا الكتاب (٣٠) مادة، أي عدد أقل من المواد التي أخذت عن القواعد في الفصول والكتب السابقة. والمشرع عندما أشار إلى القواعد الفقهية لم ينقل ألفاظ النصوص وإنما استند إليها واتخذها أصولاً للأحكام التي خرجها في مواده، مثال ذلك المواد من (١١٤٦) إلى (١١٤٩) والتي جرت نصوصها على التوالي بما يأتي:

المادة (١١٤٦):

«تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً لأحكام القانون».

المادة (١١٤٧):

«لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه إلا بإفرازه طبقاً للقانون».

المادة (١١٤٨):

«لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به».

المادة (١١٤٩):

«التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى المادة (٥٨) من مواد المجلة بقولها «حكم هذه المواد يستند إلى....... والمبادئ التي أخذت من المادة (٥٨) من المجلة.......» وتنص المادة (٥٨) على أن «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» فالشروط والإجراءات التي قدرتها المواد المذكورة في القانون لنقل الملكية ليس لها ما يماثلها في مجلة الأحكام العدلية واشتراطها مما تقتضيه المصلحة، وهو مبني على مفهوم المادة (٥٨) من المجلة». وهكذا صنعت المذكرة الإيضاحية في جميع المواد التي أشارت إلى القواعد الفقهية من هذا الكتاب.

١٢٧ ـ تباين التعبير عن تأثير المجلة على نصوص الكتاب الثالث:

جميع المواد التي أشارت إلى نصوص المجلة بنوعيها، القواعد الفقهية والنصوص الموضوعية، لم تنقلها بحرفيتها وإنما جاء تأثرها بها في نقل الحكم دون الصيغة. وأشارت المذكرة الإيضاحية إليه إشارات مختلفة نضرب أمثلة لها فيما يأتي:

١/١٢٧ ـ فقد تقول المذكرة الإيضاحية عن مادة من مواد القانون: «اعتمد في حكمها على ما جاء في المادة.......» ثم يشار إلى نص مادة المجلة.

مثال ذلك نص المادة (١٠١٩) من القانون التي قررت أن:

١ ـ مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

٢ ـ وكل من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً إلا إذا نص القانون أو قضى الاتفاق بغير ذلك».

وأشارت المذكرة الإيضاحية بالعبارة السابقة إلى نص المادة (١١٩٤) من المجلة التي تنص على أن: «كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته

أيضاً، يعني يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء والعلو كما يشاء وسائر التصرفات كحفر أرضها واتخاذها مخزناً ونبشها كما يشاء عمقاً أو يجعلها بئراً».

وهذا النص مختلف تماماً في صياغته عن نص المادة (١٠١٩) سالفة الذكر، ولكن مجمل حكمه أن مالك الشيء له التصرف فيه كيف يشاء، لتملكه كل ما يتعلق به، وهذا هو ذاته ما قررته المادة (١٠١٩) من القانون.

٢/١٢٧ ـ وقد تقول المذكرة الإيضاحية إن: نص مادة القانون «يتفق تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي فقد نصت المادة. . . . . .» ثم يشار إلى أحد مواد المجلة.

مثال ذلك نص المادة (١٠٢٠) من القانون التي جرى نصها على أنه:

١ ـ لا ينزع ملك أحد بلا سبب شرعي.

٢ ـ ولا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون».

وعلقت على ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها: «يتفق النص تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي فقد نصت المادة (٩٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» ونصت المادة (١٢١٦) على أنه «لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤد له الثمن».

والنصان المذكوران من المجلة يقرران نفس الحكم الوارد في نص مادة القانون والتغيير الذي أحدثه المشرع الأردني إنما هو لضرورات الصياغات الحديثة.

٣/١٢٧ ـ وقد تقول المذكرة الإيضاحية «كما هو مقتضى المادة. . . . . .» ثم تذكر مادة المجلة، مثال ذلك المادة (١٠٥١) التي نصت على أنه «لا تسمع دعوى الفسخ وإعادة القسمة إذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ القسمة». وجاء في المذكرة الإيضاحية أنه: «لوحظ في وضع هذه المادة قاعدة تخصيص القضاء والمنع من سماع الدعوى رعاية للمصلحة كما هو مقتضى المادة (١١٦٠) من المجلة. . . . . .».

١٢٧/ ٤ ـ وأحياناً تقرر المذكرة الإيضاحية أنه: «اعتمد في حكم هذه المادة على المادة. . . . . .» ثم تشير إلى مادة المجلة. مثال ذلك المادة(١٠٥٩) التي تنص على أنه «لا تبطل المهايأة بموت أحد أصحاب الحصص أو بموتهم جميعاً ويحل ورثة من مات محله».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى المادة رقم (١١٩١) من المجلة. . . . . .»، والمادة المشار إليها من المجلة تنص على أنه «بموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم لا تبطل المهايأة»، وحكم القانون هو نفسه حكم المجلة والزيادة في نص القانون مقررة في حكم المجلة ضمنياً.

١٢٧/ ٥ ـ وقد تصرح المذكرة الإيضاحية بأن حكم النص الوارد في القانون استمد من نص المجلة. ومثال ذلك صنيع المذكرة الإيضاحية في شأن المادة (١١٣١) التي ذكرت أن حكمها «مستمد» من المادة (١٢٤٠) من المجلة». وتنص المادة (١١٣١) من القانون على أن «الطمي الذي يأتي به النهر أو السيل إلى أرض أحد يكون ملكاً له».

وتنص المادة (١٢٤٠) من المجلة على أن «النهر إذا جاء بطين إلى أرض أحد فهو ملكه لا يسوغ لآخر أن يتعرض له». والحكم واحد في النصين لذلك كانت الإشارة الصريحة إلى الاستمداد من المجلة في محلها.

١٢٧/ ٦ ـ قد تبنت المذكرة الإيضاحية حكم مادة في القانون على مقتضى إحدى المواد من المجلة، مثال ذلك المادة (١٢٥٤) التي تنص على أنه «على المحتكر أو من يخلفه أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر أو من يخلفه في نهاية كل سنة إلا إذا نص عقد الحكر على غير ذلك».

وجاء في المذكرة الإيضاحية «أنه بمقتضى المادة (٤٧٢) من المجلة وشرحها لعلي حيدر يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان في تعجيل الأجرة وتأجيلها، وبما أن الحكم هو إجارة خاصة وبما أن مصلحة الوقف أن يستوفي الأجرة سنوياً في مثل هذه الحالة فقد وضعت المادة على هذا الأساس إلا إذا تضمن العقد شرطاً آخر».

١٢٧/ ٧ ـ الإشارة الأكثر شيوعاً في المذكرة الإيضاحية لنصوص هذا الكتاب إلى نصوص المجلة هي قول المذكرة الإيضاحية يعرف مصدر حكم

المادة من الرجوع إلى.......» ثم يشار إلى المادة المعنية من المجلة. والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها المادة (١١٥٠) التي عرفت الشفعة بقولها «الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن «....... مصدر هذا النص ما ورد في المادة (٩٥) من المجلة.......». والمادة المذكورة تنص على أن «الشفعة هي تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشتري». والنصان مختلفان تماماً في الصيغة. والصلة بينهما واضحة فالأخير هو مصدر الأول.

١٢٨ ـ لا دلالة لاختلاف صيغة الإشارة إلى المجلة:

ومما يجدر ذكره أن الاختلاف بين الصيغ المتباينة المذكورة لا يعكس اختلافاً حقيقياً في تأثير المجلة على القانون المدني الأردني بقدر ما يعكس رغبة في تنويع الصياغة وعدم التزام عبارة متكررة في كل موضع وهي خصيصة تحمد للمذكرة الإيضاحية لكنها لا ترتب أي أثر خاص في فهم العلاقة بين نصوص القانون الأردني وأصولها من نصوص المجلة العدلية.

١٢٩ ـ تأثير المجلة على الكتاب الرابع:

يتناول هذا الكتاب التأمينات العينية في ثلاثة أبواب، هي على التوالي:

١ ـ الرهن التأميني.

٢ ـ الرهن الحيازي.

٣ ـ التوثيق العيني بنص القانون.

وفي هذا الكتاب (١٢٦) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية إلى المجلة بشأن (٨٦) مادة منها. ومن بين هذه النصوص ستة مواد أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى القواعد الفقهية وحدها.

١٢٩/١ ـ خصائص الكتاب الرابع:

ويشترك هذا الكتاب مع ما سبقه من كتب في الآتي:

١٢٩/٢ ـ عدم أخذه بحرفية نصوص المجلة.

١٢٩/ ٣ ـ اعتمد المشرع في الأخذ بنصوص المجلة على مفهومها الضمني وليس المباشر وذلك في أغلب الحالات التي أشار فيها إلى نصوصها الموضوعية.

١٢٩/ ٤ ـ الإشارات إلى القواعد الفقهية جاءت باعتبار هذه الأخيرة دليلاً على الصحة أو مصدراً لمشروعية حكم المادة القانونية التي أشارت إليها ولم يعتمد المشرع على أخذ نص القاعدة كما جاءت في المجلة.

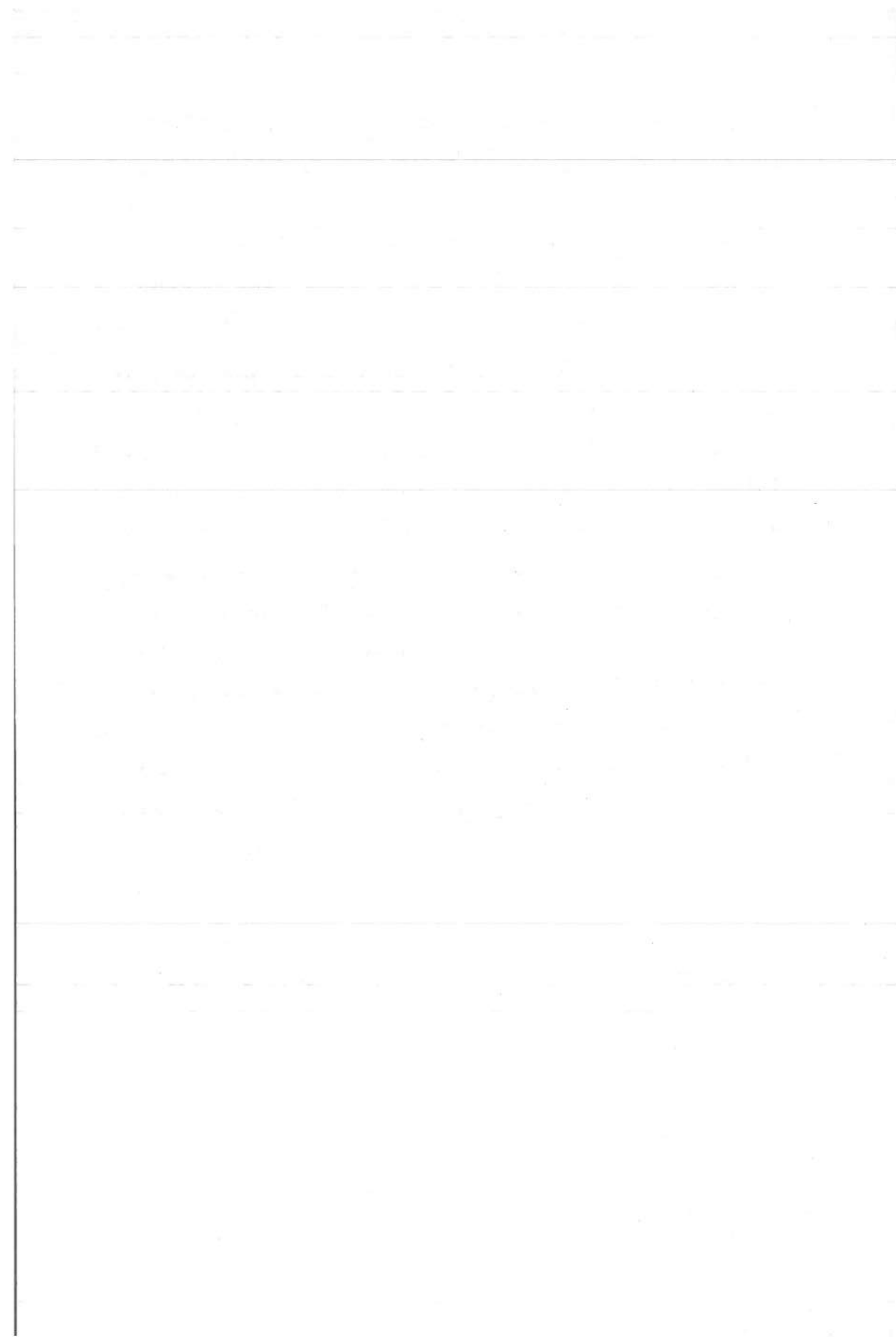
١٣٠ ـ خلو فصول كاملة من الإشارة إلى المجلة:

ويتفرد هذا الكتاب عما سبقه من الكتب بانقطاع الإشارة إلى نصوص المجلة في فصول بأكملها، مثال ذلك الفصل الأول والثاني من الباب الثالث الذي عالج التوثيق العيني بنص القانون ـ حقوق الامتياز ـ وذلك لأن المجلة لم تتناولها، وفي إشارة المذكرة الإيضاحية إلى ذلك نجدها تقول: «لم تحدد حقوق الامتياز كحق عيني تابع في الفقه الإسلامي كما حددتها القوانين الحديثة وإن كانت هناك حقوق ممتازة قد تناثرت بين أحكام الفقه إلا أنه لم ترد أحكام خاصة بترتيب اقتضائها عند الاستحقاق. . . . . .».

ومثال ذلك أيضاً ما عالجه القانون في المواد من (١٤٠٩) إلى (١٤١٨) تحت عنوان رهن الديون فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه «لم ترد في الفقه الإسلامي أحكام تفصيلية تتفق مع ما جد من معاملات اقتضتها المصلحة العامة وحاجات الناس ولذا قام المشروع أساساً على إجازته طبقاً لرأي فقهاء المالكية وبعض الشافعية واستند في تفصيلاته إلى ما اقتضته المصلحة وفق ما جاء في القوانين الحديثة».

فلأن هذه الأجزاء من القانون الأردني تناولت أموراً لم يتطرق إليها الفقه الإسلامي بالصورة التي عالجتها بها القوانين الحديثة فليس لها في مجلة الأحكام أصل يصلح أن تستند إليه نصوص هذا القانون فبالتالي اعتمد القانون على مصادر أخرى غير المجلة في تقنينها.

فيما عدا ما سبق بيانه يصح القول بأن صور تأثر مواد هذا الكتاب بنصوص المجلة لا تخرج عن الصور السابق بيانها في الكتب الثلاثة الأولى من هذا القانون، مما يصبح معه تكرارها غير ذي جدوى.



الفصل الثاني

قانون المعاملات المدنية
لدولة الإمارات العربية المتحدة

١٣١ ـ تقسيم:

نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، على النحو التالي:

الأول خاص بالمعالم العامة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

والثاني متعلق بتأثير قواعد المجلة على ذلك القانون.

والثالث مرصود لتأثر نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي بباقي نصوص المجلة.

والمبحث الأخير نوازن فيه بين تأثير المجلة على كل من القانونين الإماراتي والأردني.

المبحث الأول

المعالم العامة لقانون المعاملات المدنية

١٣٢ ـ خصائص قانون المعاملات المدنية:

المطالع لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة يجد أنه، على الرغم من الإشارات العديدة إلى المجلة ونصوصها، جاء أقل تأثراً من القانون الأردني بها، كما سوف نلاحظ ذلك في تفصيل الحديث عنه. ونقسم الحديث عن هذا القانون تقسيماً مختلفاً فنبدأ أولاً بملاحظات عامة على القانون ثم نعلق على مدى تأثر مواده بقواعد المجلة.

يقع هذا القانون في (١٥٢٨) مادة في أربعة كتب بعد الباب التمهيدي، وقد صدر هذا القانون سنة ١٩٨٥م وعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م.

١٣٣ ـ عن التسمية:

وسمي هذا القانون بقانون المعاملات المدنية وليس القانون المدني، وبيّن وزير العدل الإماراتي في تقديمه للمذكرة الإيضاحية للقانون سبب ذلك بقوله: «وقد آثرت اللجنة تسمية القانون بقانون المعاملات المدنية» بدلاً من القانون المدني. والتسمية التي أخذت بها اللجنة أقرب إلى أحكام الشريعة الإسلامية على أساس أن المعاملات هي من بين ما نظمته الشريعة الإسلامية التي شملت أحكامها العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والحدود والقصاص والتعازير»[1].

---

(١) وهو ما ذهبت إليه الجامعة العربية في تسميتها للقانون العربي الموحد في مجال المعاملات بـ«قانون المعاملات المالية الموحد».

١٣٤ ـ عن المصادر:

أعدت القانون لجنة شكلت عام ١٩٧٨ لتقوم بإعداد ومراجعة القوانين بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وجاء في خطاب وزير العدل تقديماً للمذكرات الإيضاحية «وليست هذه أول محاولة لتقنين الشريعة الإسلامية، فقد سبقت ذلك محاولات عديدة في هذا المجال حيث صدرت «الفتاوى الهندية» في صورة تقنين للعبادات والعقوبات والمعاملات[١]. ومجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان لقدري باشا وهما تقنينان للمعاملات المدنية وقانون العدل والإنصاف وهو تقنين لأحكام الأوقاف والأحوال الشخصية لقدري باشا وما أصدره مجمع البحوث الإسلامية بجمهورية مصر العربية من مشروعات للتقنين على أساس المذاهب الأربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي».

١٣٥ ـ عن النهج:

بيّن وزير العدل في مقدمة المذكرة الإيضاحية أن: «اللجنة قد سارت في إعدادها للقانون على اتباع أيسر الحلول من مذهبي الإمام مالك وابن حنبل أو المذاهب الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة العامة وبمراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد مما له أصل في الشريعة الإسلامية......»، والواقع أن المذكرة الإيضاحية أشارت إلى جميع المصادر المذكورة سالفاً في تعليقها على النصوص المختلفة. فالمشرع لجأ إلى مرشد الحيران، وإلى الفتاوى الهندية، وإلى الفتاوى الخانية، وإلى قانون العدل والإنصاف، وإلى مشروعات الأزهر للتقنين، وقبل ذلك كله إلى مجلة الأحكام العدلية.

١٣٦ ـ عن أهداف التقنين:

حرص المشرع أن يكون هذا القانون نموذجاً للقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية بأن جعل هدفه الأول إخراج نموذجٍ لقانون مؤسس على

---

(١) خانت الدقة وزير العدل في تقديمه لـ«المذكرة الإيضاحية»، فمن غير الخافي أن «الفتاوى الهندية» ليست تقنيناً وإنما هي جمع الفتاوى على الراجح في المذهب، وقد عرضنا لقصة وضعها في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة. انظر البند ١٣ من هذه الرسالة.

الشرع الإسلامي، والثاني أن يستفيد من جميع التجارب السابقة في تقنين الفقه الإسلامي، والثالث جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول للقانون بعد نصوصه بأن نص في المادة الأولى على أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة». ثم زاد القانون على ذلك بأن نص في مادته الثانية على أنه «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي»، فنحن أمام قانون مستمد من الفقه الإسلامي وحرص واضعوه أن لا يتغير ذلك مستقبلاً بأن جعلوا الحكم للفقه الإسلامي عند خلوِّ القانون من ينطبق على واقعة النزاع وجعلوا تفسير جميع نصوصه يتم في ضوء قواعد وأصول الفقه الإسلامي كما فعل واضعو القانون الأردني عندما أوردوا ذات النص في المادة الثالثة منه.

١٣٧ ـ تأثر القانون بمجلة الأحكام العدلية:

يقع هذا القانون في (١٥٢٨) مادة وأشارت مذكرته الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (٨٨٧) مادة، ولم تأخذ الكتب المختلفة التي تتوزع نصوص القانون من نصوص المجلة بنسب متساوية وإنما اختلف مقدار أخذها منها كالآتي:

الباب التمهيدي وبه (١٢٣) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية إلى المجلة بشأنها (٥٢) مادة منها. الكتاب الأول وهو كتاب الالتزامات والحقوق الشخصية ويقع في (٣٦٥) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية إلى المجلة بشأن (١٥٣) مادة منها. الكتاب الثاني وهو كتاب العقود ويقع في (٦٤٤) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (٤٨٤) مادة منها. الكتاب الثالث وهو الذي تناول الحقوق العينية الأصلية ويقع في (٢٦٦) مادة أشارت

المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (١٣٠) مادة منها. الكتاب الرابع وهو كتاب التأمينات العينية ويقع في (١٣٠) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (٦٨) مادة منها.

فأكثر الكتب إشارة إلى نصوص المجلة هو كتاب العقود، وهو الأكثر إشارة إليها أيضاً في القانون الأردني. وفي الفقرات الآتية نتناول تأثر نصوص القانون أولاً بالقواعد الفقهية، ثم بباقي نصوص المجلة.

المبحث الثاني

تأثير القواعد الفقهية على قانون المعاملات المدنية

١٣٨ ـ تفاوت تأثير القواعد الفقهية على أقسام القانون:

تناثرت الإشارات إلى القواعد الفقهية في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية موزعة على الكتب التي ينقسم القانون إليها على النحو التالي:

الباب التمهيدي به (٤١) مادة أشارت مذكرتها الإيضاحية إلى القواعد الفقهية.

الكتاب الأول به (٤٠) مادة أشارت إلى القواعد.

الكتاب الثاني به (١٢٩) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى القواعد الفقهية.

الكتاب الثالث في مذكرته الإيضاحية (٢٢) إحالة وأشارت المذكرة الإيضاحية بشأنها إلى القواعد الفقهية.

الكتاب الرابع في مذكرته الإيضاحية (١٦) إحالة إلى القواعد الفقهية.

وقد اختلفت أنواع الإشارات والإحالات إلى هذه القواعد وأسبابها على النحو التالي:

١٣٩ ـ نقل القاعدة الفقهية كما هي:

نقل القاعدة الفقهية كما هي في النص القانوني، مثال ذلك المادة (٣٦) من القانون والمادة (٤٣) وأغلب النصوص التي أشارت إلى القواعد الفقهية في الباب التمهيدي، فجميعها أخذها المشرع من المجلة حرفياً بنقل نصوصها، والمادة (٣٦) تقابل المادة (٥) من المجلة التي تنص على أن: «الأصل بقاء ما

كان على ما كان» والمادة (٤٣) تقابل المادة (٢١) من المجلة التي تنص على أن: «الضرورات تبيح المحظورات».

١٤٠ ـ الجمع بين عدة قواعد في نص واحد:

قد ينقل المشرع أكثر من قاعدة فقهية لعنصر مشترك بينها ويضعها في مادة واحدة في القانون؛ مثال ذلك نص المادة (٤٢) الذي جرى على أنه:

«١ ـ لا ضرر ولا ضرار.

٢ ـ الضرر يزال.

٣ ـ الضرر لا يزال بمثله». ويقابلها المواد أرقام (١٩) و(٢٠) و(٢٥) من المجلة وقد تضمنت كل مادة من مواد المجلة قاعدة واحدة جمع المشرع الإماراتي بينها في نصه. وتبدو علة ذلك واضحة فالقواعد الثلاث محورها الضرر وتحريم التسبب فيه ودفعه. فالمادة سالفة الذكر كما جاء في المذكرة الإيضاحية اتخذت «أساساً لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المنافع ودرء المفاسد».

١٤١ ـ تأسيس حكم القانون على القاعدة الفقهية:

قد يؤسس المشرع حكم مادته على ما جاء في القاعدة الفقهية دون أن يستعين بألفاظها الواردة في المجلة. مثال ذلك نص المادة (٨٤) التي قررت أنه:

١ ـ يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين.

٢ ـ ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة.

٣ ـ والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون غيرها».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن «المادة السابقة قد بنيت على أن استعمال الناس وعرفهم حجة يجب العمل بها وتطبيقها بمقتضى المادة (٣٧)

من مجلة الأحكام العدلية وأن مصلحة الجمهور تقتضي العمل بذلك والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة بمقتضى نص المادة (٥٨) من المجلة».

فالمادة المذكورة اتخذت مصدراً لها حكم القاعدتين الفقهيتين الواردتين في نصوص المجلة برقمي (٣٧) و(٥٨)، وقد جرى نص المادة (٣٧) على «أن استعمال الناس حجة يجب العمل بها»، أما نص المادة (٥٨) فقد جرى على أن «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة». وصنيع المشرع الإماراتي هنا هو نفسه صنيع المشرع الأردني في المادة المقابلة من القانون المدني الأردني، أي المادة (٤٢) من القانون المدني الأردني. وما قلناه هناك ينطبق هنا[١].

١٤٢ ـ توزيع الحكم المستفاد من القاعدة الفقهية على عدة نصوص قانونية:

قد يجعل المشرع من القاعدة الفقهية أصلاً وأساساً للأحكام الواردة في عدد من نصوص القانون، مثال ذلك المواد من (٤٢٠) إلى (٤٢٨) التي نصت على:

المادة (٤٢٠): «الشرط أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه».

المادة (٤٢١): «التصرف المنجز هو ما تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشرط أو مضافة إلى زمن مستقبل، ويقع حكمه في الحال».

المادة (٤٢٢): «التصرف المعلق هو ما كان مقيداً بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبله ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط».

المادة (٤٢٣): «يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا متحققاً ولا مستحيلاً».

المادة (٤٢٤): «يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو أحل حراماً أو حرم حلالاً أو خالف النظام العام أو الآداب».

المادة (٤٢٥): «لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط».

---

(١) انظر البند رقم ٧٣ السابق.

المادة (٤٢٦): «يزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده ويلتزم الدائن برد ما أخذ فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزماً بالضمان».

المادة (٤٢٧): «المعلق بالشرط يثبت عند ثبوت الشرط».

المادة (٤٢٨): «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى كون مصدر هذه المواد جميعاً المادة (٨٢) من المجلة وشرحها لعلي حيدر، وقد جرى نصها على أن «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط» فقد جاء في شرح المجلة ج١ ص٧٢ على المادة (٨٢): «إذا كان التعليق على شيء مستحيل الوقوع فإنه باطل، ويشترط في التعليق أن يكون في الأمور والخصوصيات التي يجوز التعليق فيها شرعاً وإلا فلو علقت بعض الأمور التي لا يجوز التعليق فيها على شرط فالتعليق فاسد، أي أن الشيء المعلق لا يثبت ولو ثبت الشرط». فإذا لم يكن في صريح نص مادة المجلة رقم (٨٢) ما يصلح أصلاً مباشراً لكل النصوص المذكورة أعلاه فإن في شرحها ما يصلح لذلك لذا فقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى الشرح مع المادة لكونهما في هذه الحالة كلاً لا يتجزء.

١٤٣ ـ الجمع بين عدة قواعد لتأصيل النص القانوني:

وقد يؤسس المشرع حكم مادته على أكثر من قاعدة فقهية، مثال ذلك المادة (٨٦٠) من القانون التي جرى نصها على أنه: «إذا استحقت العارية في يد المستعير فلا ضمان على المعير إلا إذا اتفق على غير ذلك أو إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.

٢ ـ ويكون المعير مسؤولاً عن كل ضرر يلحق بالمستعير من جراء هذا الاستحقاق».

وجاء في المذكرة الإيضاحية أن «هذه المادة تستند إلى المواد (١٩) و(٨٣) و(٨١٣) و(٨١٤) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والأتاسي».

وبالرجوع إلى نص المادة (١٩) من المجلة نجده جرى على أنه: «لا ضرر ولا ضرار» أما المادة (٨٣) فقد نصت على أنه: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» والعلاقة بين نص القانون والمادتين السابقتين واضحة فهي تتعلق في

شقها الأول بمسؤولية المعير وكيفية تحققها ودورانها وجوداً وعدماً مع الشرط الذي يتفق عليه المعير والمستعير في عقدهما، ثم علاقة الضرر بالمسؤولية، يتضح ذلك من مطالعة نص المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن الذي قرر أن «المادة تضمنت ما يفيد عدم ضمان المعير للعيوب الخفية إلا إذا تعمد إخفاءها أو ضمن سلامة العارية من العيب».

١٤٤ ـ تكرار الإحالة إلى قاعدة بعينها في شأن نصوص قانونية شتى:

أخيراً يمكن أن نقول إن واضع المذكرة الإيضاحية كثيراً ما لجأ إلى تأصيل عدد من مواد القانون على أساس مادة واحدة من مواد القواعد الفقهية في المجلة فكان أن تكرر اللجوء إلى هذه المادة في نصوص مختلفة وتحت موضوعات متباينة مثال ذلك نص المادة (٥٨) من مجلة الأحكام العدلية فقد اتخذها القانون أساساً لأكثر من (٤٠) مادة متفرقة وتنص المادة المذكورة على أن «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» فالمادة تحمل في معناها ما يجعلها أساساً لأي نصوص قانونية حديثة ولو لم تكن موجودة في عصر المجلة طالما أنها لا تخالف الشريعة الإسلامية تتحقق بها المصالح.

وكذلك أشارت النصوص كثيراً إلى نص المادة (١٩) من المجلة الذي جرى على أنه: «لا ضرر ولا ضرار» والمادة بحكم كونها قاعدة فقهية عامة وشاملة ولا تتغير بتغير الأطراف أو الموضوعات فهي قاعدة تصلح أساساً لكثير من الأحكام التي تدور حول المسؤولية وما يترتب على الإضرار بالغير والاستعمال غير المشروع للحق والضمان. كما تصلح كأساس شرعي لأمور وموضوعات كثيرة أخرى، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٨٠٤) في عقد إيجار الأراضي الزراعية من أنه «على المستأجر أن يستعمل الأرض الزراعية وفقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف وعليه أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج وليس له أن يغير في طريقة الانتفاع بها تغييراً يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجار».

وصرحت المذكرة الإيضاحية بأن أحد مصادر هذه المادة هو نص المادة (١٩) من مجلة الأحكام العدلية التي قررت القاعدة السابقة، والعلاقة واضحة

فالمشرع يحظر على من استأجر أرضاً زراعية أن يغير فيها تغييراً يمتد لما بعد مدة الإيجار لأن في ذلك إضراراً بالمالك الأصلي للأرض ووفقاً للقاعدة الشرعية فإنه لا ضرر ولا ضرار فإن مثل هذا التصرف لا يجوز[1].

(١) إن صنيع القانون الإماراتي هنا يمثل تطبيقاً صحيحاً للوظيفة الأصيلة للقواعد الفقهية وهو كونها نصوصاً شاملةً يتخرج عليها ما لا يحصى من الأحكام الجزئية. وهو ما أشرنا إليه من قبل. راجع البند رقم ٣١/٤ السابق.

المبحث الثالث

تأثر نصوص القانون بنصوص المجلة الموضوعية

١٤٥ ـ متابعة القانون الأردني:

لم تأت الإشارة في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي بطريقة واحدة، وهذا هو عين ما فعلته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ونذكر فيما يلي أهم الملاحظات على نصوص قانون المعاملات المدنية المأخوذة عن المجلة أو المتأثرة بها.

١٤٦ ـ انعدام النقل الحرفي من المجلة:

ثمة عامل مشترك في جميع النصوص التي أخذت عن الأحكام الموضوعية في المجلة وهو أن القانون الإماراتي لم يستعن بأي نص من النصوص بنقله حرفياً إلى متن قانون المعاملات المدنية وإنما يستعين المشرع بالنص آخذاً إما بمفهومه أو مجمله أو بمراده الأصلي أو مراده الفرعي مع تغيير كامل أو جزئي في الصياغة.

١٤٧ ـ تجنب إيراد الأمثلة:

ولم يثقل القانون كاهل نصوصه التي أخذ فيها عن المجلة بالأمثلة الكثيرة والتفاصيل التي أغرقت نصوص المجلة، وإنما اكتفى في كل النصوص بإيراد القاعدة الأصلية والحكم المجرد وترك ما وراء ذلك للتطبيق. وهذا من حسن الصنعة التشريعية التي تترك للقضاء والفقه مهمة التفسير والتطبيق والتأصيل تحليلاً للنص الواحد أو جمعاً بين النصوص العامة المتفرقة في سياق متسق غير مقيدة بأمثلة يدور النص في فلكها فتحول بينه وبين مواجهة التطور الذي يحدث في مختلف جوانب الحياة ويصلح النص في عمومه لمواجهته، أو يستطيع

القضاء، باتباع مناهج التفسير الموسعة من مدلول النص، أن يستند إليه في الفصل فيما ينشأ بين الناس من منازعات، ويمهد لذلك الفقه المدرك لحاجات المجتمع، أو يقعّد له بعد وقوعه[1].

١٤٨ ـ النص على مخالفة منهج المجلة عند وقوعها:

عندما خالف القانون منهج المجلة ونصوصها صراحة حرصت المذكرة الإيضاحية على ذكر ذلك. مثال هذا نص المادة (١٣٣) التي قررت أن: «صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إليه قصد المتعاقدين».

وجاء في المذكرة الإيضاحية أن «هذا الوضع لا تجيزه لا المجلة ولا مرشد الحيران وقد رؤي الأخذ بقول من ذهب إلى أن الوعد ملزم توسعة على الناس في المعاملات ويخالف ذلك المادة (٢٧١) من المجلة».

وهذا الذي ذكرته المذكرة الإيضاحية صحيح. فالمجلة لم تجز ذلك ولكن ليس في نص المادة (٢٧١)، منها، كما ذكرت المذكرة الإيضاحية وإنما في نص المادة (١٧١) والتي جرى نصها على أن «صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها البيع» لا شك أن هذا هو النص المقصود.

١٤٩ ـ تعدد تعبيرات المذكرة الإيضاحية في الإشارة إلى تأثير المجلة:

أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات إلى نصوص المجلة بعبارات مختلفة في المواضع التي نصت فيها على تأثر نصوص القانون بنصوص المجلة وذلك على النحو التالي:

١/١٤٩ ـ عبارة «هذه المادة أصلها. . . . . .» ثم يذكر المشرع نص أو رقم نص المجلة، وقد استخدم هذا النوع من الإحالة مع القواعد الفقهية خاصة تلك التي نقلها القانون بلفظها دون تغيير. مثال ذلك نصوص المواد من (٣٥)

---

(١) راجع في ذلك: محمد سليم العوا، «تفسير النصوص الجنائية»، دار عكاظ بجدة، ط ١٩٨٠، ص٧٣ وما بعدها.

إلى (٧٠) فجميعها أردفت بقول المشرع هذه المادة أصلها ثم يشير إلى مادة المجلة المعنية ويتبع ذلك بشرح للقاعدة الفقهية وجميع هذه الشروح مأخوذة عن شرح على حيدر للمجلة.

٢/١٤٩ ـ عبارة «بنيت هذه المادة على.......» ثم تذكر المذكرة الإيضاحية النص المعنى من المجلة ومثال ذلك نص المادة (٨٤) التي سبق أن تحدثنا عنها في البند ١٠٧ فنحيل هنا إلى ما قلناه هناك.

٣/١٤٩ ـ عبارة «اعتمد في هذا المادة على.......» ثم تذكر المذكرة الإيضاحية رقم مادة المجلة، مثال ذلك المادة (١٦٣) التي جرى نصها على أن:

١ ـ للقاضي أن يإذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك.

٢ ـ وللقاضي بعد الإذن أن يعيد الحجر على الصغير». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أنه قد «اعتمد في هذه المادة على المادة (٩٧٥) من المجلة.......» وهذه جرى نصها على أن «للحاكم أن يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي الذي هو أقوى منه عن الإذن إذا رأى في تصرفه منفعة وليس للولي الآخر أن يحجر عليه بعد ذلك».

فمادة القانون المذكورة تعالج الموضوع نفسه الذي تعالجه هذه المادة بل وتجعل لسلطة القاضي ذات الطبيعة التي قررتها له مادة المجلة بأن منعت الولي من الحجر على الصغير الذي أذن له القاضي باعتبار سلطة القاضي سالبة لسلطات الوليّ وأعلى منه في هذه الحالة.

٤/١٤٩ ـ عبارة «مصدر هذه المادة يعرف من الرجوع إلى المواد.......» ثم تأتي المذكرة الإيضاحية بأرقام المواد المعنية من المجلة، مثال ذلك المادة (٧٦٢) من القانون التي نصت على أنه: «إذا تم عقد الإيجار صحيحاً فإن حق الانتفاع بالشيء المؤجر ينتقل إلى المستأجر»، وكذلك نص المادة (٧٦١) التي قررت أنه «يلتزم كل من المتعاقدين بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد بصورة تحقق الغاية المشروعة منه».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن «مصدر هاتين المادتين يعرف من الرجوع إلى المواد (٢) و(٣) و(١٩) و(٤٢٠) و(٥٨٣) من المجلة وشرحها لعلي حيدر».

وهذه النصوص على التوالي قررت الآتي:

المادة (٢): «الأمور بمقاصدها».

المادة (٣): «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

المادة (١٩): «لا ضرر ولا ضرار».

المادة (٤٢٠): «المعقود عليه في الإجارة هي المنفعة».

المادة (٥٨٣): «إذا انعقدت الإجارة الصحيحة على المدة أو المسافة فيلزم تسليم المأجور للمستأجر على أن يبقى في يديه متصلاً ومستمراً إلى انقضاء المدة أو ختام المسافة. مثلاً لو استأجر أحد عربة لكذا مدة أو على أن يذهب إلى المحل الفلاني فله أن يستعمل العربة المذكورة في ظرف تلك المدة أو إلى أن يصل ذلك المحل، وليس لصاحبها أن يستعملها في أموره في تلك الأثناء». «فالمواد السابقة مجتمعة هي مصدر حكم نص القانون، خاصة نص المادة (٧١٦) فعموم النص واتساع عباراته يجعل من كل مواد المجلة المذكورة أساساً لمشروعيته وأيضاً نصوصاً مفسرة وشارحة له.

وهذا الدور تقوم به المجلة أيضاً بالنسبة لنصوص القانون المدني الأردني سواء بسواء.

٥/١٤٩ ـ عبارة: وضعت هذه الأحكام قياساً على......» وتذكر العبارة المعنية في المجلة، مثال ذلك نص المادة (١٠٠٥) من القانون والتي نصت على أنه «لا يجوز للحارس في غير أعمال الحفظ والإدارة أن يتصرف إلا برضاء أطراف النزاع أو بإذن من القاضي ما لم تكن هناك ضرورة ملحة يخشى معها على الغلة أو المال المنقول الفساد أو الهلاك» والمادة (١٠٠٤) نصها جرى على أن: «على الحارس أن يحافظ على الأموال المعهودة إليه وأن يعنى بإدارتها ويجب أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى المواد أرقام (٢١ و٢٢ و٣١ و٧٨٠) من المجلة باعتبار نص

القانون قد قيس عليها جميعاً، ونصوص هذه المواد هي:

المادة (٢١): «الضرورات تبيح المحظورات».

المادة (٢٢): «الضرورات تقدر بمقدارها».

المادة (٣١): «الضرر يدفع بقدر الإمكان».

المادة (٧٨٠): «الوديعة يحفظها المستودع بنفسه أو يستحفظها أمينه كَمَالِ نفسه، فإذا هلكت في يده أو عند أمينه بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ولا على أمينه».

فمواد المجلة السابقة تتضمن قواعد فقهية اللهم إلا المادة الأخيرة التي تناولت مسؤولية المودع لديه لا الحارس فجعل القانون سلطة الحارس دائرة في فلك القواعد الفقهية وقاس مسؤوليته على مسؤولية المودع لديه فهي مسؤولية وعناية الرجل المعتاد أي ما عبرت عنه المجلة بقولها «...مال نفسه بلا تعد ولا تقصير».

٦/١٤٩ ـ عبارة «استلهم حكم المادة من......» ومثال ذلك المادة رقم (١٠٢٧) من القانون والتي جرى نصها على أنه «مع مراعاة أحكام المادة السابقة يجوز أن يتم التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الحوادث الشخصية وطوارئ العمل والسرقة وخيانة الأمانة وضمان السيارات والمسؤولية المدنية وكل الحوادث التي جرى العرف والقوانين الخاصة على التأمين عليها».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أنه: «قد استلهم حكم هذه المادة من المواد (١٩) و(٢٢) و(٥٨) من المجلة وشرحها لعلي حيدر».

وبالعودة إلى هذه النصوص نجدها قد جرت على الآتي:

المادة (١٩): «لا ضرر ولا ضرار».

المادة (٢٢): «الضرورات تبيح المحظورات».

المادة (٥٨): «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة». فهذه النصوص ليست فيها أية إشارة إلى عقود التأمين محل المادة المذكورة من القانون ولكن استلهام المشروع حكمها منها إما يعني أنه أعتبر أن كل الأمور التي شرعت مادة التأمين ضدها مسببات للأضرار وبما أنه لا ضرر ولا ضرار فقد شرع

التأمين هنا لتعويض أصحابه عما لحقهم من ضرر، أو أنه أعتبر المصلحة في ذلك فكان مصدره المادة رقم (٥٨) من المجلة[١].

١٤٩/٧ ـ العبارة الأكثر شيوعاً في المذكرة الإيضاحية في الإشارة إلى نصوص المجلة هي «حكم هذه المادة يعرف من.......». مثال ذلك المادة رقم (١٠٨٨) التي جرى نصها على أنه: «إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئاً آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء». وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة بقولها «حكم هذه المادة يعرف من الرجوع إلى المادة (٦٥٩) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والأتاسي...».

وبالرجوع إلى نص المجلة المذكور نجده جرى على أنه: «لو سلم المكفول به من طرف الأصيل أو الكفيل إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة».

فنص المجلة قرر أن براءة ذمة الكفيل والأصيل رهن بتسليم المكفول به للمكفول له. وهذا ما تقرره مادة القانون ولكنها زادت على ذلك اعتبارها أن التسليم يصح إذا تم بشيء مقابل للمكفول له وليس به ذاته إذ اعتبرت ذلك كافياً في تقرير براءة ذمتيهما أيضاً.

١٤٩/٨ ـ وأخيراً يشير واضع المذكرة الإيضاحية في كثير من الأحيان إلى نصوص المجلة بقوله: «وقد استمدت هذه المادة من.......». مثال ذلك نص المادة (١٣٦٣) من القانون التي نصت على أن:

١ ـ تكسب حقوق الإرتفاق بالإذن أو بالتصرف القانوني أو بالميراث.

٢ ـ وتكسب أيضاً بمرور الزمان حقوق الارتفاق الظاهرة ومنها المرور والمجرى والمسيل إلا إذا أثبت أن الحق غير مشروع فإنه يتعين رفع ضرره مهما بلغ قدمه».

وأشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن هذه المادة «قد استمدت من المواد

---

(١) راجع ما قلناه في البند ١٢٣ من هذه الرسالة عن المادة (٩٢٢) من القانون المدني الأردني فنص المادتين في القانونين الأردني والإماراتي متطابق، وكذلك التعليق على كل منهما في المذكرة الإيضاحية لكل من القانونين.

(٤٧) و(٤٨) و(٤٨) و(٥١) و(٥٢) من مرشد الحيران و(١٢٢٤) و(١١٢٥) من المجلة».

وبالعودة إلى مواد المجلة نجدها نصت على أن:

المادة (١٢٢٤):

«يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لأن الشيء القديم يبقى على حاله على حكم المادة (٦) ولا يتغير إلا أن يقوم دليل على خلافه، أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له وإن كان قديماً، ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش.......».

أما المادة (١٢٢٥) فتنص على أنه «إذا كان لأحد حق المرور في عَرْصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور».

بالنظر إلى المادتين معاً تفهم عبارة المذكرة الإيضاحية وتفهم المادة (١٣٦٣) التي جعلت اكتساب حقوق الارتفاق قيد أحد أربعة أمور هي:

١ ـ الإذن.

٢ ـ التصرف القانوني.

٣ ـ الميراث.

٤ ـ مرور الزمان.

والمصدر الرابع لهذا الحق هو الذي تناولته نصوص المجلة وجعلت شرطه المشروعية، وهو ما فعله نص المادة (١٣٦٣) من القانون مع تغيير تام للصياغة للأسباب التي سبق بيانها.

١٥٠ ـ إغفال الإشارة إلى المجلة في بعض أجزاء قانون المعاملات:

بقي أن نقول أن هناك أجزاء كاملة في القانون لم تشر فيها المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة وذلك لأسباب عديدة:

١/١٥٠ ـ إما للجوء المشرع لمصدر آخر غيرها ـ من النماذج المقننة

وفقاً للفقه الإسلامي ـ ، كالمواد الخاصة بحق الانتفاع فقد لجأ المشرع في أغلبها إلى كتاب مرشد الحيران، وكالرهن الحيازي الذي أشارت المذكرة الإيضاحية في أغلب نصوصه إلى مشروع التقنين الحنبلي (المجلة الحنبلية). وأحياناً أشارت إلى مشروع التقنين المالكي (ملخص الأحكام الشرعية).

٢/١٥٠ ـ وإما لعدم تناول المجلة لبعض الأحكام التي تضمنها القانون أصلاً وذلك كالباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون المعاملات المدنية الذي تناول حقوق الامتياز.

وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بقولها «لم تحدد حقوق الامتياز كحق عيني تابع في الفقه الإسلامي كما حددتها القوانين الحديثة وإن كانت هناك حقوق ممتازة قد تناثرت بين أحكام الفقه إلا أنه لم ترد أحكام خاصة بترتيب اقتضائها عند الاستحقاق». وهذه العبارة تكاد تكون هي نفسها الواردة في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في التعليق على النصوص المنظمة لحقوق الامتياز.

المبحث الرابع

موازنة بين تاثير المجلة على القانونين الأردني والإماراتي

١٥١ ـ بين القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي:

مما عرضنا له في هذا الباب نتبين أن:

١/١٥١ ـ القانون المدني الأردني هو الأكثر تأثراً بنصوص مجلة الأحكام فهو يقع في (١٤٤٩) مادة وأشارت مذكرته الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (١٠٣٨) مادة مما يعني أن نسبة ٧١,٦٪ من مواده قد أخذت عن نصوص المجلة بدرجات مختلفة.

بينما يقع قانون المعاملات المدنية الإماراتي في (١٥٢٨) مادة وأشارت مذكرته الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (٨٨٧) مادة منها أي بنسبة ٥٧,٩٪ من مجمل مواد القانون.

٢/١٥١ ـ أكثر الكتب تأثراً بنصوص المجلة في كل من القانونين هو الكتاب الثاني أي كتاب العقود.

ففي القانون الأردني يقع هذا الكتاب في (٥٥٣) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية في شأن (٥٠١) مادة منها إلى نصوص المجلة أي بنسبة ٩٠,٥٪ من نصوصه.

وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي يقع كتاب العقود في (٤٦٤) مادة أشارت المذكرة الإيضاحية إلى نصوص المجلة بشأن (٤٨٤) مادة منها بنسبة ٧٥,١٥٪ من مجمل نصوصه.

٣/١٥١ ـ أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني بشأن (٢٠٨) مادة إلى القواعد الفقهية وحدها.

بينما أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية بشأن (٢٤٨) مادة إلى القواعد.

فهذا يجعل نسبة اللجوء إلى القواعد ١٤,٣٪ من مجمل مواد القانون الأردني، بينما النسبة في القانون الإماراتي هي ١٦,٢٪ من مجمل مواده.

٤/١٥١ ـ أقل الكتب في الأخذ عن المجلة هو الكتاب الأول في قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث يحتوي على (٣٦٥) مادة أخذت منها عن المجلة (١٥٣) مادة أي نسبة ٤١٪ من نصوصه.

وأقل موضع فيه أخذ عن المجلة في القانون المدني الأردني هو الباب التمهيدي حيث ضم (٨٦) مادة أخذت منها عن المجلة (٣٤) مادة أي بنسبة ٣٨,٢٪ من مجمل مواده.

٥/١٥١ ـ هناك ملاحظة مهمة في المقارنة بين المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة الثانية من القانون المدني الأردني.

فالمادة الأولى في القانون الإماراتي تنص على أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة.

فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة».

وقررت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنها تقابل المادة (٢) من القانون الأردني والتي تنص على أنه:

١ ـ تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢ ـ فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي

الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة.

٣ ـ فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بمقتضى قواعد العدالة ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً أو لا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

٤ ـ ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر».

ويلاحظ على النصين أنه: على الرغم من أن المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية أشارت إلى أن هذه المادة تقابل نص المادة (٢) من القانون الأردني فهذا صحيح في جملته ولكنه لا يصح على إطلاقه:

أ ـ فالفقرة الأولى من كل من المادتين جعلت نصوص القانون تعلو على أي مصدر آخر، بما في ذلك اجتهاد القاضي، فطالما النص صريح فلا يقبل اجتهاد مع صراحته.

ب ـ وجاءت أحكام الشريعة الإسلامية في كل منهما في المرتبة الثانية بعد القانونين مع فارق مهم هو أن القانون الأردني جعل للقاضي التخير من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه، أما الإماراتي فقد قيد القاضي بالنظر أولاً في المذهب المالكي والمذهب الحنبلي ثم جعل بقية المذاهب في المرتبة الثانية بعدهما، وأورد تحفظاً غريباً بقوله: «المذاهب المعتمدة» فما الذي يعنيه المشرع بذلك؟ وما هي المذاهب المعتمدة؟ لا تجيب عن ذلك المذكرة الإيضاحية.

وهذا مسلك غريب من المشرع في ترتيبه لمصدر نصوصه من المذاهب المختلفة، فقانون أخذ ما يزيد عن نصف مواده من مجلة الأحكام العدلية الموضوعة على أسس المذهب الحنفي كيف يجعل مذهبها مصدراً ثانياً بعد المذهب المالكي والحنبلي؟ الواقع أنه كان حرياً بالمشرع الإماراتي أن ينحو نحو المشرع الأردني فيما قرره من التخير من جميع المذاهب، فالوقوع في ربقة المذهبية ينافي ما ورد من أهداف في مقدمة المذكرة الإيضاحية التي كتبها وزير العدل.

ومع ذلك نلاحظ أنه قد يكون المقصود بعبارة (المذهب المعتمدة) هو المذاهب الأربعة مع استبعاد المذهب الشيعي الإمامي (الذي له أتباع في دولة الإمارات) والمذاهب الأخرى غير السنية (المذاهب الإباضي الذي يتبعه أهل عمان وكثيرون منهم لهم بأهل دولة الإمارات صلات قربى ومصاهرة وغيرها). وهذا الاستبعاد المطلق ـ لو صح أنه المقصود ـ غير ملائم؛ فقد يوجد في هذه المذاهب وغيرها حكم فقهي صحيح يحقق المصلحة، فلماذا نحرم القاضي من الرجوع إليه والإفادة منه؟

ج ـ لفظ القانون الإماراتي (الشريعة الإسلامية) أكثر شمولاً من لفظ القانون الأردني الفقه الإسلامي وإن كان المشرع الإماراتي قيده بالترتيب الذي ذكرناه آنفاً بالنظر في المذاهب على وجه معين. وبذلك أصبح اللفظ الأوسع مدلولاً أضيق نطاقاً والعكس بالعكس.

د ـ رتب كل من النصين مصادره بذات التسلسل على النحو التالي:

١ ـ القانون.

٢ ـ الشريعة الإسلامية.

٣ ـ قواعد العدالة.

٤ ـ العرف.

هـ ـ لم تشر أي من المادتين صراحة إلى مجلة الأحكام العدلية مصدراً بين المصادر، وربما كان ذلك لأنه أشير إليها حيث استخدمت في شرح مواد القانون في المذكرة الإيضاحية بما يجعلها في مصاف شروح القانون. ومع ذلك فليس متصوراً ـ من الناحية العملية ـ أن يتجاوز القضاء أو الفقه أحكام المجلة في التطبيق والتفسير عند خلو أي من القانونين من نص يحكم الحالة المعروضة، بل لعل اللجوء إليها يكون قبل غيرها من مظان البحث عن الحكم الملائم عند سكوت نص القانون.

١٥٢ ـ خلاصة المقارنة بين المجلة والقانونين الأردني والإماراتي:

نستخلص مما سلف بيانه في هذا الفصل الأمور الآتية:

١/١٥٢ ـ نجاح مجلة الأحكام العدلية في البقاء رغم كل شيء فها هي

القوانين الحديثة تستعين بها مصدراً وأساساً لموادها سواء كانت المجلة في الأصل مصدراً لقوانين تلك البلاد أم لم تكن.

٢/١٥٢ ـ في الموضوعات التي لم تعالجها المجلة أثبتت القواعد الفقهية فاعليتها فأصبح بعضها مصدراً، وأساساً، ودليلاً على مشروعية نصوص جديدة قررتها القوانين الحديثة، فوجد ما جد في المعاملات من خلال القواعد الفقهية أرضاً خصبة تنمو من خلالها في ظل الفقه الإسلامي.

٣/١٥٢ ـ في أخذ القوانين بنصوص المجلة سقطت صياغتها لعدم تناسبها إطلاقاً مع طبيعة الصياغة القانونية الحديثة ـ المقصود هنا صياغة النصوص الموضوعية وليست القواعد ـ ولكن هذا لا يمنع أن هذه الصياغة بما اشتملت عليه من الأمثلة الإيضاحية ظلت وراء هذه النصوص التي أخذت عنها فأصبحت تفسر من خلالها وتطبق وتفهم على ضوئها.

٤/١٥٢ ـ بأخذ هذه القوانين عن المجلة وعن غيرها من محاولات تقنين الفقه الإسلامي ستظل المجلة حية ما ظلت هذه القوانين يرجع إليها لفهم النصوص ولتفسيرها ولتأويلها، وتدفع الفقهاء والباحثين في هذا الحقل القانوني الخصب إلى العمل لإنتاج ثمار لها بمحاولات أكثر عمقاً وحداثة لتطوير النظر الفقهي الإسلامي بما يناسب ما يجد من أوضاع وأحوال.

٥/١٥٢ ـ تأثر القانون الأردني بالمجلة جاء بصورة أعمق وأكثر اتساعاً من تأثر القانون الإماراتي، وقد يكون لذلك أسباب تاريخية نستطيع إجمالها فيما يأتي:

١/٥/١٥٢ ـ المذهب الذي اتبع في الأردن منذ سيطرت عليه الدولة العثمانية هو المذهب الحنفي. وحتى بعد استقلال الأردن عن الدولة العثمانية نجد أن قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في عام ١٩٢٧م ثم عام ١٩٥١م تنص على الرجوع إلى القول الراجح في المذهب الحنفي عند عدم وجود نص. بينما في الإمارات العربية اختلف الوضع حيث كانت خاضعة قبل توحيدها سنة ١٩٧٠ إلى الاحتلال الإنجليزي فلم يكن المذهب الحنفي هو مذهبها الرسمي.

٢/٥/١٥٢ ـ طبقت مجلة الأحكام العدلية في الأردن منذ صدورها في

السبعينيات من القرن الماضي إلى أن صدر القانون المدني الأردني في أواخر السبعينات من هذا القرن. أي طبقت المجلة قرناً كاملاً في الأردن، فكان من الواقعي أن تستمد أغلب نصوص القانون المدني من المجلة العدلية. بينما في الإمارات لم تطبق المجلة وإنما فقط اعتبرت من مصادر القانون ضمن مصادر أخرى كثيرة مكتوبة ونتيجة لاستعانة قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالقانون المدني الأردني كان ظهور تأثر القانون الإماراتي الكبير بالمجلة العدلية، وربما كان ذلك أحد أسباب ترتيب الأخذ من المذاهب على النحو الذي ناقشناه في المقارنة بين المادة الأولى من كل القانونين.

ومهما كان من شأن تفاوت نسبة الأخذ من المجلة في كل من القانونين، فإن الثابت من أخذهما منها أنها نص نابض بالحياة، قرب بين الأفكار والمصطلحات الفقهية وبين الحياة القانونية المعاصرة، وسوف يتبين مصداق هذا النظر عند بحثنا لنصوص مواد التحكيم من المجلة ونتناوله في القسم الثاني من هذه الرسالة.

القسم الثاني

نظام التحكيم بين القانون الوضعي ومجلة الأحكام العدلية

١٥٣ ـ تقسيم:

نتناول في هذا القسم دراسة التحكيم بين القانون الوضعي ومجلة الأحكام العدلية في بابين:

أولهما عن مفهوم التحكيم في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وثانيهما عن التحكيم بين المجلة والقوانين الحديثة العربية والأجنبية.

الباب الأول

مفهوم التحكيم في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

١٥٤ ـ تقسيم:

نتناول في هذا الباب دراسة التحكيم من حيث تاريخه وتطوره وموقف الفقه الإسلامي منه، ثم نعرض لنظام التحكيم في تشريع مجلة الأحكام العدلية، ولمفهوم التحكيم وطبيعته وأنواعه في القانون الحديث.

وقد قسمنا هذا الباب إلى أربعة فصول:

أولها يتناول تاريخ التحكيم وأدلة مشروعيته في الفقه الإسلامي.

والثاني يتناول موقف المذاهب الفقهية الإسلامية من التحكيم.

والثالث التحكيم في مجلة الأحكام العدلية.

والرابع يتناول التحكيم في مفهومه الحديث حيث ندرس تطوره بتطور العلاقات التجارية الدولية وتعريفه وأنواعه وطبيعته القانونية.

الفصل الأول

تاريخ التحكيم وأدلة مشروعيته في الفقه الإسلامي

١٥٥ ـ تمهيد وتقسيم:

نعرض في هذا الفصل لنظام التحكيم وتاريخه وأدلة مشروعية في الفقه الإسلامي وقد انقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

تضمن أولهما رؤية تاريخية عن معرفة العرب نظام التحكيم ونظام الصلح قبل الإسلام.

ثم تعرضنا في المبحث الثاني لأدلة مشروعية التحكيم في مصادر الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

التحكيم عند العرب قبل الإسلام

المطلب الأول
التحكيم تقليد عربي قديم

١٥٦ ـ فخر القبائل بشهرة محكميها:

عرف العرب قبل الإسلام التحكيم، وسيلة وحيدة يلجأون إليها لحسم النزاع، باعتبارها بدلاً عن القتال الفردي أو الجماعي، وكانت للتحكيم عندهم آداب متعارف عليها، تنبغي مراعاتها عند اللجوء إليه. وقد تحدثوا عن التحكيم في قصصهم السائرة، ففي شعر الفخر المأثور قول ذي الإصبع العدواني يمدح عامر بن الظرب:

ومنا حكم يقضي فلا ينقض ما يقضي.

وأدخلوه في قصص الحيوان الرمزي، فقالوا، على لسان الضب، في أحد أمثالهم الشهيرة: «في بيته يؤتي الحكم»[(١)]، فكأن استخدام هذه الوسيلة كان عندهم تقليداً له قوانينه العرفية الراسخة.

١٥٧ ـ افتقاد العرب نظاماً للقضاء:

ولم يكن القضاء ـ بمفهومه الرسمي المنظم ـ واسع الانتشار في الجزيرة العربية، غير أنهم عرفوه من خلال مخالطتهم للروم والفرس في منطقة الهلال الخصيب، «فلم يكن للعرب قبل الجاهلية حكومة منظمة ولا ملوك لهم سلطة

---

(١) دكتور محمد سليم العوا، «اختيار المحكم وواجباته»، مؤتمر التحكيم الأول بنقابة المهندسين، القاهرة ١٩٩١، ص٢٦١.

منع المعتدين، أو الأخذ على أيدي الغادرين بما لهم من قوة تنفيذية، وإنما كانوا قبائل تربط أفراد كل قبيلة رابطة الدم وحسن الجوار... وكان العرب كغيرهم يفتقدون النظام القضائي المنظم فإذا ما وقع نزاع بين أفراد القبيلة تحاكم أطراف النزاع إلى شيخ القبيلة أو إلى من عرف برجاحة الرأي والحكم من أفرادها أو غيرهم»[1].

١٥٨ ـ من مشاهير المحكمين في الجاهلية:

واشتهر عدد من الشخصيات العربية ـ في ذلك الحين ـ بالعقل والحلم والحكمة، وباختلاف الناس إليهم للحكم فيما يشتجرون فيه، ومن أشهر تلك الشخصيات التاريخية:

حاجب بن زرارة، والأقرع بن حابس، وقس بن ساعدة[2] وأكثم بن صيفي[3]، وعبد المطلب بن هاشم[4]. وعرف العرب أيضاً تحكيم من اشتهروا بالكهانة وقوة الفراسة ولو لم يكونوا من قبيلة المتنازعين أو أحدهما.

واشتهرت بعض النساء برجاحة العقل وكن يحكمن في المنازعات، واشتهرت عائلات بالتحكيم، فكانوا إذا توفي المحكم المعروف فيهم أخذ ابنه

---

(١) مسعد عواد الجهني، «التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دراسة تحليلية تأصيلية»، دار الإيمان، المدينة المنورة، ط الأولى سنة ١٩٩٤م، ص٢١.

(٢) كلاهم من سادات بني تميم، وقد كانوا من أعز العرب داراً. وقد وفد الأقرع وقس مع وجوه قومهما على الرسول ﷺ عام الوفود. وكان الأقرع بن حابس يومئذ رئيسهم، وهو الذي أشار على قومه أن يسلموا ففعلوا، وأهداهم الرسول ﷺ هدايا عند عودتهم إلى ديارهم. وكان الأقرع أول من حكم بحرمة القمار في الجاهلية، وكان يجلس للناس في سوق عكاظ كل سنة فيأتيه الخصوم فيقضي بينهم. راجع في ترجمتها: القلقشندي، «صبح الأعشى»، ج١ ص٢٧٣ ـ ٢٧٥ و٣١١ و٣٧٩ و٤١٥.

(٣) حكم العرب وخطيبهم، وكان مشهوراً بالحكم بين الخصوم. وهو أول من حكم في الجاهلية بأن الولد للفراش، ثم جاء الإسلام بتقرير هذا الحكم في الحديث الصحيح: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». انظر ترجمة أكثم بن صيفي في «صبح الأعشى» ص٤٣٥. والحديث متواتر كما قال الحافظ المناوي في شرحه للجامع الصغير، «التيسير بشرح الجامع الصغير»، ج٢ ص٤٨٧.

(٤) جد الرسول ﷺ، وهو أشهر من أن يعرّف.

المكانة نفسها[1]. وهكذا أدى عدم وجود حكومة منظمة إلى اعتماد التحكيم عوضاً عن القضاء نظاماً وحيداً لفض المنازعات.

المطلب الثاني
قضايا تحكيمية تاريخية

وقد اشتهرت في التاريخ العربي وقائع جرى فيها التحكيم وحسم به نزاع أوشك ـ لولا التحكيم ـ أن يثير حرباً بين المتنازعين؛ ومن أهم هذه القضايا قضية التحكيم في تولي السقاية من بئر زمزم، وقضية التحكيم في رئاسة قبيلة بني عامر، وقضية التحكيم في مسألة وضع الحجر الأسود في مكانه في الكعبة المشرفة.

١٥٩ ـ التحكيم في بئر زمزم[2]:

عندما كشف عبد المطلب، جد رسول الله ﷺ، عن بئر زمزم، خاصمته قريش، مطالبة بنصيبها فيها، لأنها بزعمهم بئر أبيهم إسماعيل، واشتد الخلاف بينهم، ثم اتفقوا على التحاكم إلى كاهنة بني سعد، وكانت تنزل منازل أهلها ببادية الشام، فخرج عبد المطلب وخرج معه من كل قبيلة نفر، وساروا في الطريق إلى الكاهنة التي ارتضوا تحكيمها، إلى أن نفد ماؤهم، وطال بهم الأمد وهم بغير ماء، فبينما هم كذلك إذا بالماء ينفجر تحت دابة عبد المطلب التي يركبها، وحده دون الآخرين، فشربوا جميعاً، واعتبروا هذه آية وعلامة على أن السقاية من زمزم تكون لعبد المطلب وحده دونهم، وكان عهدهم له بعدم منازعته في هذا الحق. وهكذا انتهت هذه القضية التحكيمية بالصلح بين أطراف النزاع وبقيت السقاية بمقتضى هذا الصلح لعبد المطلب ثم لذريته من بعده.

---

(١) دكتور قحطان عبد الرحمن الدوري، «عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، مطبعة الخلود، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م، ص٤٠.

(٢) السهيلي، «الروض الأنف شرح السيرة النبوية لابن هشام»، ص ٩٨ ـ ٩٩.

١٦٠ ـ التحكيم في رئاسة القبائل:

«أكثر ما كانت الخصومة بين العرب في المفاخرة والمنافرة وكانت هذه تثور أكثر ما تثور عندما يتنازع اثنان أو قبيلتان على ما يعده العرب مظهراً من مظاهر السيادة والرئاسة. ومن مشهور وقائعهم في ذلك واقعة حدثت في عام ٦٢٠م بين علقمة وعامر، ابنا الطفيل، وهما أخوان كان أبوهما شيخاً لبني عامر، فتنازعا على مشيخة القبيلة بعد موته. فاحتكما إلى شيخ قبيلة أخرى وظلّا يتباريان بالسيف عاماً كاملاً، أمامه في ملأ من الناس، فلم يستطع الحكم تفضيل أحدهما على الآخر، فحكم لكليهما بالمشيخة، واشتركا فيها معاً»[١].

١٦١ ـ التحكيم في شأن الحجر الأسود:

الحجر الأسود موضع مخصوص في أحد أركان الكعبة المشرفة. وكانت العرب تقدسه، والمسلمون يقدسونه كذلك، باعتباره هو الباقي في بنائها من حجارة إبراهيم وإسماعيل عليهما السلام. وقبل البعثة النبوية أصاب الكعبة سيل شديد هدم بناءها، فأعادت قريش عمارتها حتى بلغ البنيان موضع الركن، فاختصموا في الحجر الأسود، كل قبيلة تريد أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى، وكل قبيلة تريد أن يكون لها هذا الشرف؛ حتى آل الأمر إلى الحرب، وكانت تقع في أهون من ذلك بكثير في الجاهلية... وأعدوا للقتال عدته وحال بينهم وبينه أن أشار عليهم بعض حكمائهم بالتحكيم في الأمر، ثم اتفقوا على أن أول من يدخل من باب المسجد يقضي بينهم، فكان أول داخل عليهم رسول الله ﷺ، فلما رأوه قالوا: هذا الأمين رضينا، هذا محمد. ودعا رسول الله ﷺ بثوب وأخذ الحجر ووضعه بيده في الثوب، ثم قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب، ثم ارفعوه جميعاً، ففعلوا، حتى إذا بلغوا به موضعه وضعه هو بيده ثم بنى عليه[٢]. وبذلك أنهى التحكيم نزاعاً أوشك أن يفضي إلى حرب بين قبائل مكة وبطونها.

---

(١) مسعد عواد الجهني، «التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية»، ص٢٢.

(٢) السيد أبو الحسن الندوي، «السيرة النبوية»، ط ١٩٨١م، ص١٢٦. وانظر أيضاً للسهيلي «الروض الأنف، شرح السيرة النبوية»، ص١٣١ ـ ١٣٥.

١٦٢ ـ هذه الواقعة لا شأن لها بآيات التحكيم في القرآن الكريم:

وبعض الباحثين يذهب إلى اعتبار هذه الواقعة التحكيمية تطبيقاً للتحكيم الذي أقره القرآن، وإلى أنها تحكيم مارسه الرسول ﷺ بصفته رسولاً[١]. وهذا الرأي غير صحيح. فلقد كانت هذه الواقعة، قبل بعثة النبي ﷺ، وقبل بدء الوحي ونزول القرآن. وكانت صفة النبي عليه السلام التي اشتهر بها ـ وهي الأمانة ـ هي التي جعلت القبائل كلها تنزل راضية على حكمه، وكأنهم رأوا من التوفيق أن يكون هو أول من يدخل المسجد بعد أن قبلوا تحكيم من يدخله أولاً، دون أن يعرفوه، حسماً للنزاع. ولا شأن لذلك بنبوته عليه السلام؛ هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية فالقرآن الكريم ـ كما سوف نرى ـ لا يشير إلى التحكيم بالمعنى الذي عرفته العرب والذي عرفه الفقه الإسلامي، وبالمعنى الذي تعرفه النظم القانونية المعاصرة، إلا في آيتين اثنتين هما آية التحكيم بين الزوجين، وآية التحكيم في جزاء قتل الصيد في الحرم، أما ما سوى ذلك من الآيات التي فيها لفظ التحكيم ومشتقاته فالمراد منها القضاء لا التحكيم.

١٦٣ ـ واقعة تحكيم بعد النبوة:

يروي لنا مؤرخو السيرة النبوية واقعة تحكيم حدثت بعد نبوة الرسول ﷺ. ففي أثناء استعداد الرسول ﷺ وأصحابه لمغادرة مكة، بعد أداء عمرة القضية[٢]، اقترح علي بن أبي طالب ﷺ أن يصحبوا معهم عُمارة بنت حمزة بن عبد المطلب إلى المدينة، وكانت تقيم مع أمها بمكة، فلما خرجوا بها واقتربوا من المدينة أراد زيد بن حارثة أن يأخذها، هو، لما كان بينه وبين حمزة ﷺ من أخوة الهجرة، وأراد جعفر بن أبي طالب أن يأخذها، لأنه كان

---

(١) Ahmad El-koshiri Planning Efficient Arbitration Proceedings, Kluwer Law International,Vienna, International Arbiration Congress 1994: "it has been noted that the initially favorable reception of arbitration as a legitimate method for the settleemnt of dispute recommended by the koran and successfully exercised by the prophet to avoid intertribal warfare". P 495.

(٢) سميت بذلك لأنه قاضى عليها قريشاً في صلح الحديبية، انظر: «الروض الأنف» للسهيلي ج٢ ص٢٥٤.

زوج خالتها فقال: «الخالة والدة، وأنا أحق بها لمكان خالتها عندي». وقال علي رضي الله عنه: ما لي أراكم تختلفون في ابنة عمي، وأنا أخرجتها من بين أظهر المشركين، وليس لكم نسب إليها دوني، وأنا أحق بها منكم.

فقال رسول الله ﷺ: «أحكم بينكم». وحكم بها لجعفر بن أبي طالب رضي الله عنه[1].

ويصح أن تعد هذه الواقعة أصلاً من السنة في جواز التحكيم في المنازعات، وجواز كون المحكم فرداً واحداً. أما الاستدلال بها على لزوم حكم المحكم فقد يحتاج إلى نظر لأنه هنا رسول الله ﷺ وحكمه ملزم للمسلمين على كل حال.

١٦٤ ـ استمرار نظام التحكيم والصلح بعد الإسلام:

هذه الوقائع، وغيرها كثير مما لا مقام له هنا، تقطع بمعرفة العرب للتحكيم قبل بعثته ﷺ؛ بل إن التحكيم كان هو الطريقة الأساسية لحسم المنازعات، إذ افتقرت الحياة السياسية والاجتماعية في الجزيرة إلى القضاء المنظم، فكان البديل له هو التحكيم أو الصلح.

وقد تميز التحكيم عن الصلح بأن طرفي النزاع هما اللذان يسعيان إليه، أما الصلح فكان المعتاد أن من عرف بالنزاع يأخذ بزمام المبادرة في محاولة منه لإنهائه، فالمبادرة في التحكيم كانت تأتي من المحتكمين أما في الصلح فقد تأتي منهم أو من غيرهم.

وبعد بعثته عليه الصلاة والسلام، استمر الصلح والتحكيم في أداء دوريهما، وأضيف إليهما القضاء «فباجتماع القبائل العربية تحت راية الإسلام كان القرآن الكريم الأساس الذي جعل من النبي العربي محمد ﷺ أول من قضى في الإسلام، ثم أذن النبي ﷺ لبعض أصحابه بالقضاء وأناب بعضهم في البلاد، مثل عتاب بن أسيد الذي وجهه على مكة يوم الفتح ومعاذ بن جبل

(١) تقي الدين أحمد بن علي المقريزي، «إمتاع الأسماع بما لرسول الله من الأنباء والأموال والحفدة والمتاع»، ج١ بتحقيق العلامة الأستاذ محمود شاكر، ط قطر المصورة عن طبعة دار الكتب ١٩٤١، ص٣٣٩ ـ ٣٤٠. والقصة جميلة طويلة فراجعها هناك.

والإمام علي بن أبي طالب على اليمن»[1] وأناب بعضهم في القضاء بين يديه وهو حاضر مثلما وقع لعمرو بن العاص الذي تعجب من أمره - ﷺ - له بالقضاء، فسأله: أقضي وأنت حاضر يا رسول الله؟ فقال له النبي: «نعم، إن الحاكم إذا حكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر واحد»[2].

---

(١) «قاضي القضاة في الإسلام»، د. عصام محمد شبارو، دار النهضة العربية، ط الثانية، ص٩.

(٢) متفق عليه من حديث عمرو بن العاص ﷺ، انظر «صحيح البخاري» مع شرحه: «فتح الباري لابن حجر»، الحديث ٧٣٥٢، ج ١٣ ص٣١٨، و«صحيح مسلم»، (ط استنبول) ج٥، ص١٣١. وراجع في القصة نفسها ما ذكره الحافظ ابن حجر في شرحه لهذا الحديث من صحيح البخاري. والإجماع منعقد أن المراد في الحديث الحاكم (أي القاضي) العدل الأهل، أما القاضي الجائر، أو الجاهل، فعليه وزر.

المبحث الثاني

أدلة مشروعية التحكيم في مصادر الشريعة

١٦٥ ـ أدلة الأحكام الشرعية: تقسيم:

يقسم علماء الأصول أدلة الأحكام الشرعية، أو مصادرها، إلى قسمين: قسم يسمونه الأدلة المتفق عليها، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس. وقسم يسمونه الأدلة المختلف فيها، وهي كثيرة من أهمها: الاستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع(١).

ولن نتتبع في هذا المبحث تلك الأدلة دليلاً، دليلاً، لنتبين وجه دلالتها على جواز التحكيم أو مشروعيته. وإنما سنناقش استدلالات بعض العلماء ببعض آيات القرآن الكريم، ونعرض لبعض الوقائع الواردة في السنة النبوية، ثم نبين رأينا في الاستدلال على مشروعية التحكيم، تمهيداً للفصل التالي، الذي سندرس فيه موقف المذاهب الفقهية من التحكيم.

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: محمد مصطفى شلبي، «أصول الفقه الإسلامي»، بيروت ١٩٨٦، وعبد الوهاب خلاف، «مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه»، بيروت ١٩٨٦ (الطبعة الخامسة). وكتب أصول الفقه بوجه عام تخصص أقسامها الأولى لدراسة الأدلة، ويختلف ترتيبها فيها باختلاف المذاهب الأصولية، أو بحسب رؤية المؤلف لهذا الترتيب.

المطلب الأول
التحكيم في نصوص القرآن الكريم

١٦٦ ـ تمهيد:

يشير كثير من العلماء، والباحثين المعاصرين[(١)] إلى عدة نصوص قرآنية باعتبارها، أو باعتبار بعضها، مصدر مشروعية التحكيم. وسوف نعرض لهذه الآيات، لنرى مدى إمكانية اعتبارها كذلك، ونتبين، من ثم، موضع الدلالة القرآنية على مشروعية التحكيم باعتباره وسيلة من وسائل فض المنازعات والفصل بين الخصوم.

١٦٧ ـ آية التحكيم في الخلافات الزوجية:

وهي: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[(٢)].

وردت الآية الكريمة في سياق تقرير القرآن الكريم قواعد العلاقة بين ركني الأسرة وهما الزوج والزوجة، وتفهم الآية وتفسر في ذلك السياق. فبعد أن أقرت القوامة في الآية السابقة عليها، وأقر سلوك المرأة الصالحة، وطريقة التعامل مع اللاتي يخاف نشوزهن من الزوجات، جاءت الآية التي معنا لتبين الحكم إذا ما تفاقم الخلاف، ولم تجد نفعاً الوسائل الأخرى التي شرعها الله تعالى للتعامل مع الخلافات الزوجية التي يخشى معها عدم مراعاة حدود الله تعالى، وحقوق كل من الزوجين على الآخر. فأمر الله تعالى عند مخافة الشقاق، أي الخلاف المستحكم المؤدي إلى انهيار الحياة الزوجية، «بظلم من الرجل أو عجز عن إنزالها ـ أي المرأة ـ عن نشوزها»[(٣)] فهنا لابد من محاولة

---

(١) عبد الحميد الأحدب، «التحكيم في الشريعة الإسلامية»، ص٢٦ ـ ٢٧؛ و مسعود عواد الجهني، ص٥٦ ـ ٦٥؛ وقحطان الدوري، ص٨٤ ـ ٨٥.

(٢) الآية ٣٥ من سورة النساء.

(٣) «تفسير المنار»، للإمام محمد عبده، كما دونه الشيخ محمد رشيد رضا، المجلد الثالث، الجزء ٥، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص٦٣.

الصلح بتدخل خارجي، وهذا التدخل له خصائص عدة هي:

١ ـ أنه يتم، على أغلب الآراء[١]، من قبل ولي الأمر أو الحاكم (أي القاضي)، أي ليس الزوجان هما اللذان يلجآن إلى تحكيم الحكمين، وإنما يعينهما، ويتبعهما، أي يكلفهما بالتحكيم، القاضي الذي يعرض النزاع عليه، ويختار الحكمان من أهل الزوجين لكونهما، في الغالب، الأعلم ببواطن الأمور، وحقيقة الحال.

٢ ـ لخصوصية هذه المنازعة بورودها في النطاق العائلي، فإن التحكيم المنصوص عليه في هذه الآية هو التحكيم بالصلح. «أي هو تحكيم توفيقي غير إلزامي للأطراف...[٢] وحكمهم غير نهائي وغير ملزم إلا إذا قبل به الأطراف فالقوة الإلزامية لقرار التحكيم لا تتحقق إلا بموافقة الزوجين، دليل ذلك ما روي عن الإمام علي كرم الله وجهه أنه جاءته امرأة وزوجها مع كل واحد منهما فئام من الناس، فأخرج هؤلاء حكماً وهؤلاء حكماً. فقال علي للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما. فقالت المرأة: رضيت الله لي أو علي. وقال الزوج: أما الفرقة فلا. فقال علي ﷺ: والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك أو عليك. رواه بن أبي حاتم وابن جرير»[٣].

٣ ـ اختلف الفقهاء في صفة الحكمين[٤]، وبالتالي في دورهما. فالبعض اعتبرهما حكمين ولاهما القاضي، وبالتالي يحكمان في التفريق أو الاجتماع

---

(١) الشيخ عمر عبد الله، «أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية»، الطبعة الخامسة، ١٩٦٥، ص٤٩٤ وما بعدها.

(٢) لقد نظم القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ أحكام الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر في المواد من (٦) إلى (١١) ولم تجعل هذه النصوص للحكمين إذا عجزا عن الإصلاح بين الزوجين إلا الحق في اقتراح الطلاق على تفصيل بينته المادة العاشرة من ذلك القانون.

(٣) «تفسير القاسمي» المسمى «محاسن التأويل»، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الخامس، ص١٢٢٤، تفسير سورة النساء الآية ٣٥.

(٤) راجع الشيخ عمر عبد الله، المصدر السابق ذكره، الموضع نفسه.

سواء برضا الزوجين أم لا، لأن القاضي يحكم سواء رضي الخصمان أم لا. وهذا هو مذهب مالك وأحمد، في إحدى الراويتين عنه. والبعض اعتبرهما وكيلين عن الزوجين رغم أن توليتهما من قبل القاضي والوكيل لا يأتي فعلاً بغير رضا موكله فلا يحكمان في التفريق إلا برضا الزوجين، وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية، وأيدت هذا الرأي الحادثة التي ذكرناها في عهد الإمام علي ﷺ، لأنه لو كان حكمهما يلزم الزوجين بغير رضاهما لما لزم إقرار الزوج بالموافقة على التحكيم[١].

والخصائص السابقة لهذا التحكيم الذي أقره القرآن الكريم لا تجعله أصلاً لغيره من التحكيمات بأنواعها المختلفة. وإنما تؤصل الآية التحكيم في المنازعات العائلية سواء التي تحدث بين الزوجين أو بين غيرهما في نطاق العائلة، وهو تحكيم يهدف إلى الصلح، فالآية السابقة لا يمكن أن تكون دليلاً على مشروعية التحكيم بكل أنواعه، وإنما هي دليل على مشروعيته في هذا النوع من المنازعات وبخصائصه السابقة المميزة له عن غيره من أنواع التحكيم.

١٦٨ ـ آية تحكيم الرسول ﷺ:

وهي: قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾ [النساء].

«هذه الآية متصلة بما قبلها أشد الاتصال والسياق محكم متسق ولا يتبين المعنى المراد منها إلا بقراءتها في سياقها[٢]، وإن ذكر العلماء أسباباً خاصة لنزولها. يقول الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى

---

(١) انظر: «تفسير القاسمي»، و«تفسير المنار»، وعمر عبد الله.

(٢) انظر في دور السياق في فهم النص القرآني: سلوى محمد العوا، «الوجوه والنظائر في القرآن الكريم»، دار الشروق، ١٩٩٨ ص٦٢ وما بعدها.

ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾ أَلَمْ تَرَ إِلَى
ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا۟ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا۟
إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا۟ أَن يَكْفُرُوا۟ بِهِۦ وَيُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَٰلًۢا بَعِيدًا ﴿٦٠﴾
وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَإِلَى ٱلرَّسُولِ رَأَيْتَ ٱلْمُنَٰفِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ
صُدُودًا ﴿٦١﴾ فَكَيْفَ إِذَآ أَصَٰبَتْهُم مُّصِيبَةٌۢ بِمَا قَدَّمَتْ أَيْدِيهِمْ ثُمَّ جَآءُوكَ يَحْلِفُونَ
بِٱللَّهِ إِنْ أَرَدْنَآ إِلَّآ إِحْسَٰنًا وَتَوْفِيقًا ﴿٦٢﴾ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ يَعْلَمُ ٱللَّهُ مَا فِى قُلُوبِهِمْ
فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ وَعِظْهُمْ وَقُل لَّهُمْ فِىٓ أَنفُسِهِمْ قَوْلًۢا بَلِيغًا ﴿٦٣﴾ وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن
رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذ ظَّلَمُوٓا۟ أَنفُسَهُمْ جَآءُوكَ فَٱسْتَغْفَرُوا۟ ٱللَّهَ
وَٱسْتَغْفَرَ لَهُمُ ٱلرَّسُولُ لَوَجَدُوا۟ ٱللَّهَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴿٦٤﴾ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ
يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟
تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾ [النساء].

فسياق الآيات يتعلق بوضع الرسول ﷺ مبلغاً عن رب العالمين للبشر، وبنشأة الدولة الإسلامية في المدينة المنورة وكتابة وثيقة المدينة أصبح الرسول ﷺ هو صاحب سلطة القضاء الوحيد(١)، وله تفويض غيره فيها ولم يكن محكماً بالمعنى الذي تعورف عليه قبل البعثة ـ بحيث يرد من حكمه ويؤخذ ـ بل كان قاضي هذه الأمة، والدولة التي أنشأتها، الذي لا يرد قضاؤه إلا بوحي من الله تعالى. وكان من سلطته ﷺ ـ بوصفه القاضي صاحب الولاية العامة في القضاء ـ أن ينذب عنه بعض الصحابة لهذه المهمة، وهو ما تكرر حدوثه في حياته عليه الصلاة والسلام.

والخطاب لجموع المؤمنين بتحكيم رسول الله ﷺ في الآية الكريمة ليس لكونه محكماً وإنما لكونه قاضياً نبياً(٢)؛ تؤكد ذلك نهاية الآية بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾. فربط الرضا

---

(١) محمد سليم العوا، «في النظام السياسي للدولة الإسلامية»، ط السابعة، دار الشروق ١٩٨٩، ص٦٢ وما بعدها، وقد أورد النص الكامل لوثيقة المدينة (يسميها دستور المدينة) وفي البند الثالث والعشرين منها والبند الثاني والأربعين نص صريح على اختصاص النبي ﷺ بالفصل في المنازعات.

(٢) ولا يرد على ما ذكرناه في المتن بأن القضاء مفهوم عام يستوعب التحكيم لأن أمر =

بالحكم الصادر عنه، بالإيمان الظاهر والباطن، لا يكون إلا لنبوة الرسول ﷺ «فبعد أن تحكم بينهم لا يجدوا في أنفسهم الضيق الذي يحصل للمحكوم عليه إذا لم يكن خاضعاً للحكم في قلبه، فإن الحرج إنما يلازم قلب من لم يخضع، ذلك بأن المؤمن لا ينازع أحداً في شيء إلا بما عنده من شبهة الحق، فإذا كان كل من الخصمين يرضى بالحق متى عرفه وزالت الشبهة عنه كما هو شأن المؤمن فحكم الرسول يرضيهما ظاهراً وباطناً لأنه أعدل من يحكم بالحق»[1].

ومن الآية وسياقها نخلص إلى:

١٦٨/١ ـ أن الرسول ﷺ هو الحكم الفصل في ذلك الوقت فيما كان يقع بين المسلمين من خلافات.

١٦٨/٢ ـ ما اشترطته الآية، من الرضا الكامل بالحكم، ظاهراً وباطناً وتعلق ذلك بالإيمان، وربطه به، لا يمكن ارتباطها بمجرد التحكيم والمعقول ارتباطها بصفة الرسول ﷺ قاضياً ونبياً.

١٦٨/٣ ـ إن القول بأن مقصود الآية هو ما يعرف في النظم القانونية باسم التحكيم تبسيط لا يليق، ولا يعقل، لدور الرسول ﷺ وهو يتنافى مع ما قرره الفقهاء ـ كما سوف نرى ـ لطرفي التحكيم من حق في خلع المحكم أثناء التحكيم وقبل إصداره حكمه.

فالآية إذاً لا شأن لها بالتحكيم المعروف في النظم القانونية المعاصرة

= الرسول ﷺ بالحكم بين الناس هنا مرجعيته ولايته الإسلامية العامة بالنسبة للمسلمين ورئاسته للدولة بالنسبة لغير المسلمين الخاضعين لحكمها. وهي ولاية تستلزم من المؤمنين الخضوع لها بطاعة ما يأمرهم به بلاغاً وقضاءاً ولا اختيار لهم في أي من الأمرين. أما المحكم فاللجوء إليه خاضع لحرية الطرفين وإرادتهما، والالتزام بحكمه مصدره هذه الإرادة لا حكم القانون ولا حكم التشريع السماوي. وبذلك يتبين الوجه الأساسي للاختلاف بين اختيار المحكم والنزول على حكمه وبين طاعة الرسول ﷺ الواجبة ديناً على المسلمين والواجبة بمقتضى العقد الاجتماعي/ السياسي، في وثيقة المدينة، على غيرهم.

(١) تفسير المنار.

ولا بما عرف، قبل الإسلام وبعده، من أنواع التحكيم وصوره.

١٦٩ ـ آية العدل:

وهي: قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾ [النساء].

وهذه الآية أشمل من أن يراد بالحكم فيها التحكيم ـ بمفهومه القانوني ـ فيما يوصي الله به عباده من العدل، فالحكم بين الناس وفصل الخصومات يكون إما قضاء أو تحكيماً فالعدل الوارد في الآية الكريمة مرتبط بهما معاً باعتبارهما ينتهيان بالفصل فيما يشجر بين الناس، والخطاب فيها لكل من جلس للفصل في خصومة قاضياً كان أم محكماً، فعليه تحري العدل وتلمس سبله. فعبارة «تحكموا بالعدل» تشمل جميع أنواع الفصل في الخصومات، أي هي صفة للكيفية التي يكون عليها صدور الأحكام، وليس دليلاً على جواز سبيل معين للفصل فيما يقع بين الناس من منازعات(١).

١٧٠ ـ آية الحكم بالتوارة:

وهي قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ ۚ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِن كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ ۚ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿٤٤﴾﴾ [المائدة].

وهذه الآية لا تشير من قريب أو بعيد إلى التحكيم، بل هي من سياق يقول فيه الإمام محمد عبده:

«هذه الآيات نزلت عامة في اليهود وفي هذه الأمة، فكل من ارتشى وبدل

---

(١) راجع في عموم الآية وشمولها: الإمام أبو بكر الرازي الجصاص، «أحكام القرآن»، ط القسطنطينية، سنة ١٣٣٥هـ، ج٢، ص٢٠٧ وما بعدها.

الحكم فحكم بغير ما أنزل الله فقد كفر وظلم وفسق»[1]. فمعنى الحكم في الآية يشمل جميع أنواع الأحكام، وجميع أنواع الحكم سواء السياسي أم القضائي، وخطاب الآية موجه للمسئولين في هذه الأمة كما هو موجه للأفراد، وليس فيها ما يرتبط بالتحكيم خاصة.

١٧١ ـ آية الإعراض عن اليهود:

وهي قوله تعالى: ﴿سَمَّٰعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ ۚ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْـًٔا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾﴾ [المائدة].

هذه الآية نزلت في اليهود إذ يأتون الرسول ﷺ طالبين حكمه، فقد خير الله تعالى الرسول ﷺ في قبول ذلك أو الإعراض عنهم برفض الحكم بينهم. وجاء هذا التخيير لأن اليهود بتحاكمهم إليه لا يقصدون اتباع الحق وإنما يتبعون من حكمه ما يوافق هواهم، وهذه الآية تتضمن أموراً عدة:

١ ـ توجيه الخطاب لرسول الله ﷺ هنا بصفته رئيس الدولة يملك سلطة القضاء[2].

٢ ـ كون رسول الله ﷺ مالكاً للسلطة القضائية ومبلغاً للشريعة عن رب العالمين، فليس له بحال أن يعرض عن هذه الشريعة ويحكم بغيرها حتى لو ارتضاها أطراف النزاع.

٣ ـ صفة الرسول ﷺ كقاض مبلغ عن رب العالمين تمنعه من رفض النظر فيما يرفع إليه من خصومات تقع بين المتبعين لهذه الشريعة، ولكنه يملك هذا الرفض إذ لم يرتض أطراف النزاع حكم الشريعة الوحيدة التي يمكن أن يحكم بها وهي الشريعة الإسلامية، فكأن رفضه حكم بعدم الاختصاص، وهو عدم اختصاص نوعي وليس مكانياً حيث إن القضاء كان يتبع الاعتقاد

---

(١) تفسير المنار.

(٢) هو يملك سلطة القضاء بما يعني إمكانية تفويض غيره فيها وهذا ما حدث مع كثير من الصحابة.

الديني، فعليهم عندها اللجوء إلى أحبارهم ورهبانهم إن كانوا يريدون شريعة غير الإسلام. وبالتالي فتعرض هذه الآية لما قد يعتقد البعض أنه التحكيم المعروف الآن غير صحيح، فهي إنما تتناول امتداد سلطته قاضياً رسولاً إلى الحكم بين غير المسلمين.

١٧٢ ـ آية التحكيم في صيد الحرم:

وهي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥].

الآية السابقة كآية الشقاق بين الزوجين، شرعت التحكيم للفصل في مسألة محددة ونوع واحد من النزاع، بل إن مهمة الحكمين هنا أكثر تحديداً منها في حالة الشقاق بين الزوجين، فهما يقدران فقط ما هو «المثل» المذكور في الآية، ويقتصر حكمهما على ذلك، واشترطت العدالة في الحكمين «للنظر في حال الصيد من كبر وصغر وما لا جنس له مما له جنس وإلحاق ما لم يقع عليه نص بما وقع عليه نص»[1].

المطلب الثاني
دليل مشروعية التحكيم

١٧٣ ـ إقرار الإسلام للتحكيم:

إذا كان ما سبق صحيحاً فما هو دليل مشروعية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بديلاً عن التقاضي؟

الواقع أن التحكيم كغيره من الأمور التي وجدت قبل البعثة ومارسها العرب فجاء الإسلام غير منكر لها، بل جاء مقراً لبعض صورها التي ربما لم تكن موجودة من قبل ـ مثل التحكيم في الصيد ـ وحكم الرسول ﷺ في بعض

---

(١) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، «عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، ط الأولى، سنة ١٩٨٥م، ص٢٢٧ ـ ٣٦٢.

المنازعات بنفسه، ثم مارس الصحابة رضوان الله عليهم التحكيم سواء كمحكمين أم متخاصمين بعد وفاته ﷺ، دون أن ينكر أحد ذلك[1]. فمصدر مشروعية التحكيم إذاً هو ـ أولاً ـ العرف، فالثابت عرفاً كالثابت نصاً، وهذه القوة والحجية تثبت للعرف عند عدم مخالفته لنص أو حكم شرعي.

وهو ـ ثانياً ـ المصلحة التي يحققها التحكيم لأطرافه، وهي مصلحة محضة لا ضرر فيها، وكل ما كانت مصلحته محضة أو راجحة كان مشروعاً، وقد أقر الرسول، عليه الصلاة والسلام، أموراً كثيرة مارسها الناس قبل الإسلام وكان سبب إقراره لها فائدتها التي تعود على الأفراد أو على المجتمع «لما فيها من مصلحة راجحة لا غنى للناس عنها ولو لم يكن ذلك موجوداً لأتى لهم به تشريعاً مبتدأً»[2].

وإذا كانت نصوص الآيات القرآنية التي ناقشنا دلالتها في المطلب السابق لا تدل دلالة مباشرة على مشروعية التحكيم بإطلاق، بمعناه الذي تعرفه النظم القانونية المعاصرة، فإنها تساند دلالة المصلحة والعرف إذ لو كان أصله غير مشروع لما شرع القرآن تطبيقات متعددة له. ويساند هذه الدلالة، أيضاً، فعل الرسول ﷺ حين حكم بين علي وزيد بن حارثة وجعفر بن أبي طالب، رضوان الله عليهم، على نحو ما ذكرنا آنفاً.

١٧٤ ـ إقرار صريح من السنة:

وبالإضافة إلى دلالة العرف والمصلحة وما يساندهما من أدلة على

---

(١) في لجوء الصحابة إلى التحكيم في مسائل تجارية ومدنية، انظر: محمد ناصر الدين الألباني، «إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل»، ج٨ ص٢٣١ و٢٣٨، حيث ينقل عن «طبقات ابن سعد» و«سنن البيهقي» أثرين فيهما لجوء عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله وأبي بن كعب إلى التحكيم، وممارسة زيد بن ثابت وجبير بن مطعم وشريح بن الحارث للتحكيم.

(٢) انظر: الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي، «أصول الفقه الإسلامي»، ط الأولى، سنة ١٩٧٤م، دار النهضة العربية، ص٣١٧.

وانظر أيضاً: دكتور محمد سلام مدكور، «أصول الفقه الإسلامي»، ط الأولى ١٩٧٦م، دار النهضة العربية، ص١٣٧ ـ ١٤٤.

مشروعية التحكيم فإن السنة الصحيحة تضمنت إقراراً صريحاً من الرسول ﷺ بأن التحكيم مشروع وأنه من الأشياء الحسنة، بل من أحسن الأشياء. فقد أتاه وفد فيهم رجل يكنى أبا الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ وسأله: «إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم»؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله ﷺ: «ما أحسن هذا، فما لك من ولد؟» قال: لي شريح، وعبد الله، ومسلم. فكنّاه الرسول بأبي شريح على اسم ولده الأكبر، ودعا له ولولده[1]. وهكذا فإن دلالة هذا الإقرار، مع دلالة العرف والمصلحة والأدلة المساندة من قبل النبي ﷺ وفعل أصحابه تعتبر كلها أدلة على مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية.

١٧٥ ـ الصحابة لم ينكروا مشروعية التحكيم:

إن أشهر واقعة للتحكيم في التاريخ الإسلامي، التي لم ينكر أحد من الصحابة خلالها مشروعية التحكيم[2]، هي أنه بعد وفاة عثمان رضي الله عنه مقتولاً بويع علي رضي الله عنه بالخلافة، وكان معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه والي الشام من قبل عثمان، فاعترض على البيعة، ليس اعتراضاً منه على الخليفة الجديد ولا مطالبة منه بالخلافة دونه، وإنما طلباً للثأر من قتلة عثمان رضي الله عنه قبل الاستقرار على أمر من يخلفه، اعتباراً من معاوية رضي الله عنه أن القصاص أولى من اختيار الخليفة الجديد. فخرج كلا الرجلين معاوية وعلي رضي الله عنهما على رأس جنودهما والتقى الجيشان في صفين، وكادت الغلبة أن تكون لفرقة علي رضي الله عنه لولا أن رفع جند معاوية رضي الله عنه المصاحف على أسنة الرماح مطالبين بتحكيم كتاب الله فيما بينهما من خلاف، وقبل الخليفة المختار التحكيم، وعين كل منهما حكماً عنه. فكان الصحابي الجليل أبو موسى الأشعري رضي الله عنه حكماً

---

(١) «صحيح سنن النسائي»، للألباني، ط مكتب التربية العربي لدول الخليج بالرياض، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٨م، ج٣، ص١٠٩١، الحديث رقم ٤٩٨٠.

(٢) انظر في تفصيل ذلك: الدكتور محمد سليم العوا، «النظام السياسي للدولة الإسلامية»، دار الشروق، ط السابعة، سنة١٩٨٩م ص٩٥.

عن الإمام علي والصحابي الجليل عمرو بن العاص ﷺ حكماً عن معاوية.

١٧٦ ـ نص أول وثيقة تحكيم في الإسلام:

وكتبت بين الفريقين الوثيقة التحكيمية الأولى من نوعها في التاريخ الإسلامي وجرى نصها على ما يلي: «هذا ما تقاضى عليه علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان: قاضى عليٌّ على أهل الكوفة ومن معهم من شيعتهم من المسلمين، وقاضى معاوية على أهل الشام ومن كان معهم من المؤمنين والمسلمين، إنا ننزل عند حكم الله وكتابه، ولا يجمع بيننا غيره، وإن كتاب الله عز وجل بيننا من فاتحته إلى خاتمته، نحيي ما أحيا ونميت ما أمات فما وجد الحكمان في كتاب الله عز وجل ـ وهما: أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس وعمرو بن العاص القرشي ـ عملا به، وما لم يجدا في كتاب الله عز وجل فالسنة الجامعة غير المفرقة». وأخذ الحكمان من علي ومعاوية ومن الجندين من العهود والميثاق والثقة من الناس «أنهما آمنان على أنفسهما وأهلهما. والأمة لهما أنصار علي الذي يتقاضيان عليه، وعلى المؤمنين والمسلمين من الطائفتين كلتيهما عهد الله وميثاقه أنا على ما في الصحيفة، وأن قد وجبت قضيتهما على المؤمنين فإن الأمن والاستقامة ووضع السلاح بينهم أينما ساروا على أنفسهم وأهليهم وأموالهم وشاهدهم وغائبهم. وعلى عبد الله بن قيس وعمرو بن العاص عهد الله وميثاقه أن يحكما بين هذه الأمة.... وأجل القضاء إلى رمضان. وإن أحبا أن يؤخرا ذلك أخراه على تراضٍ منهما. وإن توفي أحد الحكمين فإن أمير الشيعة يختار مكانه ـ مقصود الشيعة هنا أي الفرقة وليس الشيعة المذهب الفقهي والسياسي ـ ولا يألو، من أهل المعدلة والقسط. وإن مكان قضيتهما الذي يقضيان فيه مكان عدل بين أهل الكوفة وأهل الشام، وإن رضيا وأحبا فلا يحضرهما فيه إلا من أرادا. ويأخذ الحكمان من أرادا من الشهود، ثم يكتبان شهادتهما على ما في هذه الصحيفة، وهم أنصار علي من ترك ما في هذه الصحيفة، وأراد فيه إلحاداً أو ظلماً. اللهم إنا نستنصرك على من ترك ما في هذه الصحيفة»[1] واجتمع الحكمان في رمضان وأصدرا حكمهما

(١) دكتور قحطان الدوري «عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي».

الذي قضيا فيه برد الأمر إلى النفر الذي توفي رسول الله ﷺ وهو عنهم راضٍ، أي أحالا النزاع لهيئة تحكيم أخرى للفصل فيه وهو حكم لم ينفذ لأسباب كثيرة لا محل لتفصيلها هنا [1].

۱۷۷ ـ ملاحظاتنا على نص الوثيقة:

ونلاحظ على هذه الوثيقة أنها تدل على معرفة المسلمين في ذلك العصر المبكر للتحكيم بأغلب أركانه وشروطه المعروفة في النظم القانونية المعاصرة، وهذا بين من الوثيقة التي تضمنت:

۱۷۷/۱ ـ تحديد طرفي التحكيم المتنازعين.

۱۷۷/۲ ـ اختيار محكم عن كل طرف.

۱۷۷/۳ ـ تحديد موعد للفصل في النزاع وهو شهر رمضان.

۱۷۷/٤ ـ تحديد مدة التحكيم وتفويض المحكمين في مدها إن لزم الأمر.

۱۷۷/٥ ـ تحديد قانون التحكيم ومرجعيته فجعلته كتاب الله عز وجل ثم سنة الرسول عليه الصلاة والسلام.

۱۷۷/٦ ـ حددت مكان التحكيم، مع مراعاة العدالة المفترضة والمتوقعة من مثل هذين الحكمين، بأن جعلت مكانه في منطقة بين المنطقتين المتنازع أهلهما فلا هو في الكوفة مقر الخليفة ولا في الشام مقر معاويةرضي الله عنهما، بما يحقق لهما ـ أي الحكمين ـ أكبر قدر من الحيدة في حكمهما.

۱۷۷/۷ ـ تحديد الاتفاقية السلطة التي تتابع تنفيذ الحكم فجعلتها جموع المتحاربين من المسلمين.

۱۷۸ ـ دلالة هذه الواقعة:

إن قضية التحكيم بين علي ومعاويةرضي الله عنهما تدل دلالة لا ريب فيها على قبول الصحابة للجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تثور بين مختلف الأطراف.

---

(۱) محمد سليم العوا، «النظام السياسي للدولة الإسلامية».

ولا يعترض على هذا الفهم بأن التحكيم هنا كان في مسألة من مسائل القانون العام ولم يكن في مسألة من مسائل القانون الخاص التي هي موضع البحث في نظم التحكيم الداخلي في تشريعات الدول المختلفة. ذلك أن العبرة في المشروعية بأصل القبول بفكرة التحكيم، وهي قائمة في هذه القضية بلا جدال.

ويصل بنا هذا النظر إلى تأكيد مشروعية التحكيم عن طريق الإجماع عليه، لتضاف هذه الدلالة إلى دلالة العرف والمصلحة والسنة الفعلية والقولية، وهي تغني ـ بمجموعها ـ عن استنطاق النصوص القرآنية بما لا تشير إليه من دلالة على أن التحكيم مشروع، على نحو ما فعل الكتاب والباحثون اللذين انتقدنا صنيعهم.



الفصل الثاني

التحكيم في المذاهب الفقهية

١٧٩ ـ تحديد وتقسيم:

يقتصر نطاق بحثنا في هذا الموضوع على النظر في موقف المذاهب السنية الأربعة من التحكيم. وقد أدى بنا إلى ذلك كون مجلة الأحكام العدلية ـ محور هذه الدراسة وأساسها ـ مأخوذة أصلاً من المذهب الحنفي، وكون المذاهب السنية هي السائدة في جل البلاد العربية[1].

وقد توزعت المذاهب الفقهية آراء متعددة في شأن التحكيم نتجت في الغالب عن نظرة كل منها إلى واقعة التحكيم بين علي ومعاوية ﵄، وبصورة أقل عن نظرة كل منها إلى الأدلة على التحكيم، وموقعه من القضاء الذي تديره الدولة، باعتباره الوسيلة الأصلية والرسمية لفض المنازعات.

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

أولهما: نعرض فيه موقف المذاهب الأربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي من التحكيم.

وثانيهما: نخصصه لإجراء مقارنة موجزة تبين مواضع الاتفاق ومواضع الاختلاف بين آراء هذه المذاهب.

---

(١) يسود في عُمان المذهب الإباضي، وتوجد نسبة كبيرة من الشيعة الإمامية في كل من الكويت والبحرين والعراق ولبنان، ونسبة أقل في سوريا ثم في المملكة العربية السعودية، وفي اليمن نسبة كبيرة ـ بل أغلبية زيدية ـ أما في باقي الدول العربية فالغالب عليها المذاهب السنية: الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي وكذلك الحال في البلاد التي تضم أقلية غير سنية.

المبحث الأول

موقف المذاهب السنية الأربعة من التحكيم

١٨٠ ـ تمهيد:

لم نتبع في إيراد موضوعات هذا الفصل نظاماً موضوعياً نورد فيه عنوان الموضوع ثم رأي كل مذهب فيه، وإنما اتبعنا تقسيماً بحسب المذاهب التي خصصنا لكل منها مطلباً مستقلاً نستعرض فيه ما تبينه الكتب المعتمدة في المذهب من أقوال فقهائه في التحكيم.

ويرجع ذلك إلى أننا لم نجد جميع المذاهب تتعرض لجميع المسائل المتعلقة بالتحكيم، فذكرنا في المطلب الخاص بكل منها ما أمكننا الوقوف عليه من آراء فقهائه. ثم خصصنا المبحث الثاني للموازنة الإجمالية بين هذه الآراء.

المطلب الأول
التحكيم في المذهب الحنفي(١)

١٨١ ـ فيم يجوز التحكيم؟:

أجاز فقهاء المذهب الحنفي التحكيم إجمالاً في كل أمر عدا الحدود والقصاص. «فلا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والدية على العاقلة

(١) انظر في تفصيل موقف المذهب الحنفي من التحكيم:
«رد المحتار على الدر المختار»، حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية ببيروت، ج٤ ص٣٤٧. و«البناية في شرح الهداية»، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، ط الأولى، سنة ١٩٨١، ج٧، ص٦٦. و«البحر الرائق في شرح كنز الدقائق»، لابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، ص٢٤، الجزء السابع.

بخلاف القضاء»[1]. وبحث فقهاء المذهب المسائل الآتي ذكرها في نظام التحكيم.

١٨٢ ـ أولاً: المحكم وسلطاته وأسباب عزله:

«اشترطوا في المحكم ما اشترطوا في القاضي من صفات وإذا كان المحكم بمنزلة القاضي فيما بين الخصمين فيشترط فيه أهلية القضاء. ولا يجوز ـ لذلك ـ تحكيم الكافر والعبد الذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء»[2]، ويشترط في المحكم ـ كالقاضي ـ العقل والعدالة.

وجعلوا صلاح اختيار المحكم مبنياً على تمتعه بأهلية الشهادة. لذا لم يجيزوا تحكيم الفاسق والصبي ومن حد في قذف.

وجعلوا للمحكمين في سبيل الوصول إلى الحكم الصحيح استخدام وسائل القاضي كالبينة والشهادة واليمين والإقرار.

لم يجيزوا تعليق اتفاق التحكيم أو حكم المحكم على شرط، أو إضافة الحكم إلى زمان، لأنه عندهم «في معنى الصلح» فلا يثبت أي شيء من هذا للحكم إلا بتراضي الطرفين.

جعلوا للمحكم استخدام الكاتب والترجمان شأنه شأن القاضي.

اشترطوا عند تعدد المحكمين صدور الحكم عن اتفاقهم جميعاً.

وليس للمحكم سلطة بعد إصدار حكمه، فليس له أن يشهد بما كان في مجلسه أمام القاضي في أية دعوى أو خصومة أخرى.

ويعزل المحكم بأي من الأمور الآتية:

أ ـ خروجه من أهلية الشهادة.

ب ـ انتهاء مدة التحكيم دون إصداره الحكم، وفي هذه الحالة يجب أن يعزله الحاكم، أي القاضي.

---

(١) البحر الرائق، ص٢٧.

(٢) البناية في شرح الهداية، ص٦٧.

ج ـ قيام أحد الخصوم بعزله.

ويضاف إلى الأمور الثلاثة السابقة انتهاء التحكيم بإصدار المحكم الحكم. وإن كان هذا في حقيقته ليس عزلاً بل هو انتهاء للولاية بتنفيذ المهمة التي تولاها.

ولا يجوز للمحكم الذي اختاره الخصوم تعيين حكم آخر دون موافقتهم فإن حدث لم يلزم الأطراف حكمه. وجعلوا لهم تفويضه في «أن يستفتي فلاناً ثم يقضي بينهما بما قال...» وفي المذهب رأي يذهب إلى أن المحكم بمنزلة الوكيل فأجاز له تعيين حكم آخر سواء معه أو عنه، كالوكيل إذا وكل آخر دون الرجوع إلى الأصيل فيلزمه تصرف وكيله[1].

١٨٣ ـ ثانياً: طرفا الخصومة:

اشترطوا أن يتوافر للخصوم الولاية على أنفسهم ليصح لجوءهم لغير صاحب الولاية العامة في القضاء وهو القاضي.

ولهم الحق في عزل المحكم والعدول عن التحكيم قبل إصداره حكمه. وليس لهم ذلك الحق بعد إصدار المحكم حكمه. وقد أجاز بعض الفقهاء ـ كما في البحر الرائق ـ [2] عزل المحكم بعد الحكم ولكن في هذه الحالة ألزم الأطراف بحكمه فليس لهم التنصل من تنفيذه. والواقع أن العزل هنا على غير محل. فولاية المحكم تنتهي بإصدار الحكم فلا يرد العزل على محل قابل له، وإنما يعتبر لغواً بدليل أن الحكم يلزم الخصوم وينفذ عليهما.

وللخصوم اشتراط كل ما يريدون فلهما تحديد أجل يصدر الحكم خلاله ولهما تقييد المحكم بعدم استفتاء أحد أو إحالة التحكيم إلى محكم غيره.

١٨٤ ـ ثالثاً: خصومة التحكيم:

للخصوم اللجوء إلى التحكيم في كل خلافاتهم ما دامت في غير الحدود والقصاص، وذلك لأن المحتكمين ليس لهما ولاية على دمهما فلا يملكان

---

(١) البحر الرائق، ص٢٧.

(٢) المصدر نفسه.

الإباحة، فرضاهما لا يبيح دمهما، واختلفوا في القذف على قولين أحدهما على أنه يحكم فيه والآخر على عدم جواز التحكيم فيه وكذلك القصاص حيث قال شمس الأئمة السرخسي بجواز التحكيم في القصاص وكذلك القذف لأن الاستيفاء إليهما ـ أي إلى طرفي التحكيم[1].

ويجوز التحكيم في سائر المنازعات سواء المالية أو الأسرية كالزواج والطلاق.

ولا يحكم المحكم إلا فيما يرفع إليه من المحتكمين، فلا يتجاوز هذا إلى غيره.

ولا يجعل الأحناف للتحكيم أية إجراءات خاصة في سبيل عقده وإن ألزموا المحكم باتباع آداب القاضي فليس له قبول الهدية وعليه بالعدل بين الأطراف وسماع حججهم وأدلتهم.

١٨٥ ـ رابعاً: حكم التحكيم:

الأصل في حكم التحكيم نفاذه والتزام الخصوم به. وأحكام المحكمين كأحكام القضاة، فهي على صحتها ما لم يثبت غير ذلك.

ولا يلزم الحكم الخصوم إذا صدر بعد عدول أحدهما أو كليهما عن التحكيم وسلطة طرفي التحكيم في إنهاء التحكيم بعزل المحكم مطلقة وذلك قبل إصداره للحكم، أما بعد ذلك فلا يحق لهما عزله ويلزمهما حكمه وحتى من قالوا بجواز عزله بعد الحكم قالوا بذلك مع إلزامهم بالحكم الصادر منه.

وللقاضي المعين من الحاكم، وهو صاحب الولاية العامة الأصلية في القضاء، سلطة على حكم المحكم متى رفع إليه ـ والمقصود متى رفع إليه في شأن موضوعي لا إجرائي ـ فإن وجده مخالفاً لمذهبه في أمر مجتهد فيه نقضه، وإلا فإنه يمضيه، هذا على رأي. ويذهب رأي آخر إلى وجوب إمضائه على كل حال، لان الاجتهاد لا ينقض بمثله. فاختلاف الفقهاء في هذا الأمر مبعثه اختلافهم في نقض القاضي لأحكام غيره من القضاة فمن أجاز النقض جعل من

---

(١) البحر الرائق، ص٢٧.

حق القاضي نقض حكم المحكم، ومن لم يجزه لم يجعل له النقض طالما لم يخالف مذهب المحكم مذهب القاضي.

وإذا كان حكم المحكم مخالفاً للأصول الشرعية سواء في إجراءات الخصومة أو في موضوع الحكم فهو ينقض قطعاً، وهو في ذلك كحكم القاضي.

والمذهب على أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير أطراف خصومة التحكيم(١).

المطلب الثاني
ثانياً: المذهب المالكي(٢)

أجاز فقهاء المالكية تحكيم غير القاضي في الخصومات وجعلوا ذلك قيد اتفاق الخصوم وتراضيهم. وشرطوا لذلك شروطاً عدة في المحكم، وطرفي الخصومة، والخصومة نفسها، نلخصها فيما يأتي:

١٨٦ ـ أولاً: المحكم

جعلوا صلاحية المحكم مرهونة بكونه من أهل الشهادة كالأحناف.

وزادوا اشتراط كونه ليس طرفاً في الخصومة.

وكذلك شرطوا علمه بموضوع الدعوى، وهذا شرط لم يتطلبه فقهاء الأحناف. ومعناه أن تكون للمحكم خبرة ودراية بما يدور النزاع حوله ليمكنه ذلك من الوصول للحقيقة.

ولا يجوز تحكيم الكافر ولا الفاسق ولا الصبي، وأجازوا تحكيم المرأة

---

(١) المصادر السابقة، وقد لخصنا منها ما ورد بالمتن من أحكام.

(٢) رجعنا في شأن المذهب المالكي بصفة أساسية إلى: «تبصرة الحكام» لابن فرحون. و«الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك»، للعلامة أبي البركات الدردير، وبالهامش حاشية الشيخ أحمد الصاوي المالكي، حققها دكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، ج٤ ص١٩٩ ـ ٢٠١.

وحدد بعضهم لها ما يجوز أن تحكم فيه. وبذلك يختلف المحكم عندهم عن القاضي لأنهم لا يجيزون للمرأة تولي القضاء.

١٨٧ ـ ثانياً: طرفا الخصومة:

لا يملك اللجوء إلى التحكيم قاصر ولا محجور عليه ولا وكيل لم يفوض بالخصومة.

والأهلية المشترطة هنا لصحة اللجوء إلى التحكيم هي أهلية الأداء، أي أهلية استعمال الحق.

ويصح التحكيم ممن توفرات الأهلية لديه حتى ولو كان أحد الخصمين هو القاضي ويمضي عليه عندئذ حكم المحكم مهما كان شأنه ما دام الحكم موافقاً للأصول الشرعية[1].

١٨٨ ـ ثالثاً: موضوع خصومة التحكيم:

أجاز المالكية التحكيم في جميع المنازعات المالية. وأجازوه في الجروح وإن كبرت، إلا في حد من الحدود كقصاص أو جلد أو رجم.. ومنعوه في قتل في ردة أو حرابة، ومنعوه في اللعان وفي الولاء وفي النسب.. وعلى عكس الأحناف لم يجيزوا اللجوء إلى التحكيم في الطلاق ولا الزواج، ولم يجيزوه في العتق وبلوغ الرشد والسفه، ولا في الغائب وما تعلق بغيابه من حقوق، لأن هذه الأمور مما يحكم فيها القضاة ولا يجوز التحكيم فيها لتعلق الحق بغير المختصمين: إما أنه حق لله تعالى كالحدود، وإما أنه حق لآدمي كاللعان والولاء والنسب. «فإن حكم المحكم في هذه الأمور التي لا يجوز له الحكم فيها ـ بأن جعل فيها حكماً ـ فحكم صواباً مضى حكمه ولا ينقض لأن حكم المحكم يرفع الخلاف»[2].

١٨٩ ـ رابعاً: حكم التحكيم:

نفاذ حكم التحكيم عند الإمام مالك يلزم طرفي التحكيم قبل صدور

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط الحلبي، ج٤ ص١٣٥.

(٢) الشرح الصغير، ص١٩٩.

الحكم وبعده، فهما ملتزمان به مسبقاً منذ اتفاقهما على اللجوء للتحكيم، والراجح في المذهب أنه يشترط دوام رضا الطرفين معاً بالتحكيم حتى صدور الحكم، فإن رجعا معاً ولم يرتضيا التحكيم قبل الحكم كان لهما ذلك «وإن رجع أحدهما دون الآخر فله ذلك على رأي سحنون وليس له ذلك ـ فلا بد من اتفاقهما ـ عند ابن الماجشون»[1].

وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام إنه «إذا حكم المحكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً ولم يختلف فيه أهل العلم»[2].

المطلب الثالث
المذهب الشافعي[3]

كالمذهبين السابقين، أجاز المذهب الشافعي التحكيم كأحد وسائل حسم المنازعات وجعل لصحته مجموعه قواعد نوجزها على النحو التالي:

١٩٠ ـ أولاً: المحكم:

لابد من توافر أهلية الشهادة فيه. ويجب أن يكون من أهل الاجتهاد، وجعل فقهاء المذهب نتيجة تخلف هذا الشرط بطلان الحكم.

أجاز هذا المذهب، دون المذهبين السابقين، اختيار القاضي محكماً. فنفاذ حكم المحكم لأنه من أهل الاجتهاد، ويجوز أن يكون قاضياً، لأنه قد

---

(١) «الفقه الإسلامي وأدلته»، دكتور وهبة الزجيلي، ط٣ ج٦ ص٧٥٧، سنة ١٩٨٩. وسحنون وابن الماجشون من أئمة مجتهدي المالكية.

(٢) «تبصرة الحكام»، وقد نقله عنه الدكتور وهبة الزحيلي في الموضع السابق.

(٣) رجعنا في المذهب الشافعي بصفة أساسية إلى: «روضة الطالبين وعمدة المفتين»، للإمام النووي، ج١١، ط الثانية، ص١٢١ ـ ١٢٣و١٨٥، طبعة المكتب الإسلامي. و«أدب القاضي» للماوردي، تحقيق محيي هلال السرحان، ج٢، مطبعة الإرشاد، الكتاب الرابع، ص٣٧٩ ـ ٣٨٦، بغداد ١٩٧١. و«الفقه الإسلامي وأدلته»، دكتور وهبة الزحيلي ج٦، ص٧٥٦ ـ ٧٥٧، ط٣، سنة ١٩٨٩.

صار بالتحكيم حاكماً، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه»[1].

وإجمالاً اشترطوا أن تتوافر فيه صفات القاضي،وله في سبيل الوصول إلى الحكم استخدام وسائل القاضي في الإثبات وتحقيق الدعوى وضبط إجراءاتها كاتخاذ كاتب وسماع شهود والاستعانة بمترجم وغيرها.

وأجازوا تعدد المحكمين وإن اشترطوا عندها لصحة الحكم التحكيمي إجماعهم على الحكم.

١٩١ ـ ثانياً: طرفا الخصومة:

يشترط الشافعية رضاء طرفي الخصومة بالتحكيم.

وتشترط فيهما أهلية القضاء ـ أي اللجوء للقضاء. وأجازوا أن يحتكم القاضي وخصمه إلى ثالث وكذلك الحاكم، وذلك قياساً على لجوء عمر بن الخطاب ﷺ وهو أمير المؤمنين إلى التحكيم، وكذلك علي كرم الله وجهه وهو خليفة المسلمين.

١٩٢ ـ ثالثاً: خصومة التحكيم:

قسمت الأحكام عندهم إلى ثلاثة أقسام «فالأحكام تنقسم في التحكيم إلى ثلاثة أقسام: قسم يجوز فيه التحكيم وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء وقسم لا يجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقيه. وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان والقذف والقصاص، ففي جواز التحكيم فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لوقوفها (أي دعوى التحكيم) على رضا المتحاكمين.

---

(١) «روضة الطالبين وعمدة المفتيين»، للإمام النووي، ج١١، ط الثانية، ص١٢١ ـ ١٢٣، و١٨٥.

والثاني: لا يجوز لأنها حقوق وحدود يختص الولاة بها»[1].

١٩٣ ـ رابعاً: حكم التحكيم:

الأصل عند الشافعية لزوم الحكم ونفاذه. واختلفوا في موجب نفاذه هل هو مجرد تراضيهما على التحكيم وشروع المحكم فيه، أم هو استمرار تراضيهما عليه حتى صدور الحكم، أم رضاهما به بعد صدور الحكم، وهم في ذلك على آراء ثلاثة:

١ ـ إن نفاذ الحكم ولزومه يقوم بتراضيهما على قبول الحكم، لأن التحكيم نشأ بتراضيهما فينتهي كذلك «لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء وهو قول المزني»[2].

٢ ـ بصدور حكم المحكم يلتزم طرفا الخصومة به ولا يتوقف ذلك على استمرار رضائهما به بعد صدوره.

٣ ـ خيار الخصومة في التحكيم في أي أمر كان ينقطع بمباشرة المحكم للتحكيم[3]. ونحن نميل للرأي الثالث إذ يترتب على الأخذ بالرأيين الآخرين أن يكون الرجوع ميسراً لمن استشف حكماً أو توقعه على غير ما يرضى، مما يهدد نظام التحكيم كله بالانهيار.

وليس للقاضي صاحب الولاية العامة في القضاء أن يرد حكماً قد رفع إليه أو ينقضه، إلا بما ترد به الأحكام القضائية الأخرى. وهذا الرأي له وجاهته لأنه لم يعتبر الحكم التحكيمي أقل من القضاء بل اعتبره بذات المرتبة. لذا قرر الإمام النووي أنه «إذا رفع حكم المحكم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره»[4].

١٩٤ ـ هل تقتصر حجية الحكم على خصوم الدعوى:

ولو صدر الحكم متضمناً إلزاماً لغير المتخاصمين ففي الأمر وجهان:

---

(١) «أدب القاضي» للماوردي، ص٣٨٠.
(٢) «روضة الطالبين»، ص١٢١ ـ ١٢٣.
(٣) «أدب القاضي»، ص٣٨١.
(٤) «الإمام النووي»، ص١٢٣.

١ ـ أن يكون الموضع الذي تعدي الحكم إلى الغير فيه مما يقوم الحكم بدونه، فعندها ينفذ الحكم ولا ينفذ الشق الذي تعدى به على الغير.

٢ ـ أن يكون موضع تعدي الحكم إلى الغير مما لا يقوم الحكم بدونه، كحكمه بالدية في القتل الخطأ ففي إلزام العاقلة بالدية وجهان: الأول: أن الدية تجب لرضا الملتزم أصلاً بها، وهو القاتل، بالتحكيم، والثاني: أنها لا تلزم العاقلة لأنها لم ترض ابتداء بحكم المحكم.

١٩٥ ـ قيدان على التحكيم(١):

لا يجوز عند الشافعية صدور حكم التحكيم بالحبس، فغاية التحكيم الإثبات والإلزام بغير تقييد حرية أحد المتحاكمين. وهو قيد صحيح، وهو مفترض ضمنا في المذاهب الأخرى وإن لم يذكر صراحة.

ومن الشافعية من لم يجيزوا التحكيم دون رضا القاضي، فإن رضى القاضي كان المحكم مولى من قبله. وهذا في حقيقته قيد على نشأة التحكيم لا على الحكم الصادر فيه، وهو يفقد التحكيم صفته الاختيارية إذ يجعله معلقا على موافقة السلطة القضائية ممثلة في القاضي المختص.

المطلب الرابع
المذهب الحنبلي(٢)

يتميز المذهب الحنبلي على المذاهب الثلاثة الأخرى بمرونة القواعد التي نظم بها عملية التحكيم كما يتبين مما يأتي:

١٩٦ ـ أولاً: المحكم:

اشترطوا فيه ما يشترط في القاضي من قدرة على الاجتهاد وعدالة وحرية وغير ذلك مما يشترط في القاضي أصلاً.

---

(١) «الإمام النووي»، ص١٢٣.

(٢) المصدر نفسه.

ولم يجعلوا جواز تحكيم محكم مرتبطاً بوجود قاض، فاللجوء إلى غير القاضي وتحكيمه حق أصيل لأطراف النزاع كحقهم في اللجوء إلى القضاء أصلاً ولذلك قرر فقهاؤهم أنه «إن حكم اثنان فأكثر بينهما شخصاً أي رجلاً صالحاً للقضاء بأن اتصف بما تقدم من شروط القاضي نفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاه إمام أو نائبه حتى في الدماء والحدود والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض، ولا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض فيه حكم من له ولاية كنائب الإمام»[1]. ويتبين من هذا النص أنهم شرطوا الذكورة في المحكم ولم يجيزوا ولاية المرأة للتحكيم كما فعل المالكية.

١٩٧ ـ ثانياً: طرفا التحكيم:

لابد من توافر ولايتهما على نفسيهما. ولابد من التقاء إرادتهما معاً للجوء إلى التحكيم، فلا يصح التحكيم برغبة طرف دون الآخر ولا يعتد حينها بالحكم الصادر عن المحكم.

لا يجوز لجوء القاصر والمعتوه ومن عليه وصاية إلى التحكيم لأن صاحب الولاية عليهم هو القاضي المؤتمن على مصالحهم، أو الوصي على القاصر أو المحجور عليه.

١٩٨ ـ ثالثاً: خصومة التحكيم:

خلافاً للمذاهب الأخرى، أجاز الإمام أحمد بن حنبل التحكيم في كل المسائل نكاحاً ولعاناً وقذفاً وقصاصاً حتى الحدود بل أجاز التحكيم مع وجود قاض معين من قبل الخليفة. والراجح في المذهب أن حكم المحكم

---

(١) رجعنا بصفة أساسية إلى: «المغني» لابن قدامة، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو. و«الشرح الكبير» لابن قدامة، ج١، سنة ١٣٤٨هـ، إشراف وتصحيح الشيخ محمد رشيد رضا، ص٣٦٢ ـ ٣٩٣. و«مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى»، للفقيه مصطفى السيوطي الرحيباني، وبهامشه «تجريد زوائد الغاية والشرح»، ج٦، ط الأولى، المكتب الإسلامي في دمشق، ص٤٧١ ـ ٤٧٣. و«الفقه الإسلامي وأدلته»، دكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج٦، ط٣، سنة ١٩٨٩م.

«ينفذ. . في جميع الأحوال إلا في أربعة أشياء النكاح والقصاص والحدود والقذف لأن لهذه الأحكام ميزة عن غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها. . »[1].

وتنتهي الخصومة عند الحنابلة بصدور الحكم، وليس للمتحاكمين منذ مباشرة المحكم لعمله العدول عن اتفاقهم أو التراجع أو عزل المحكم، فاتفاق التحكيم يلزمهما فور مباشرة المحكم لعمله، غير أنه لو مر زمن بين اتفاقهما وبدء مباشرة التحكيم يجوز لهما الرجوع في تلك الفترة فقط[2].

١٩٩ ـ رابعاً: الحكم التحكيمي:

ينفذ الحكم في حق المتحاكمين فور صدوره. ويلتزم القاضي الذي يرفع إليه كتاب المحكم بإنفاذه، ولا يحق له نقضه ـ ولو كان مبنياً على اجتهاد مخالف لمذهبه ـ إلا بما ينقض به الحكم القضائي عامة، وهذا رأي جمهور علماء المذهب. ولذلك ذهب ابن قدامة، في الشرح الكبير، إلى أنه «إذا كتب هذا القاضي ـ أي المحكم ـ بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام»[3].

---

(١) العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، «مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى»، ص٤٧١.

(٢) «المغني» لابن قدامة، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ص٩٣؛ و«الكافي» لابن قدامة أيضاً، ط المكتب الإسلامي بدمشق وبيروت، ج٣ ص٤٣٦.

(٣) المصدران السابقان.

المبحث الثاني

موازنة بين آراء المذاهب الفقهية بشأن التحكيم

٢٠٠ ـ تقسيم:

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: أولهما: لمواضع الاتفاق بين المذاهب السنية الأربعة، وثانيهما: لمواضع الخلاف بينها في شأن ما قررته من اجتهادات في مختلف المسائل التي تدخل في دراسة التحكيم.

المطلب الأول
مواضع الاتفاق بين المذاهب الأربعة

٢٠١ ـ اتفقت المذاهب الأربعة لأهل السنة في الأمور التالية:

١ ـ اعتبر التحكيم إحدى وسائل حسم النزاع إلى جوار القضاء والصلح.

٢ ـ عالجه الفقهاء باعتباره أحد العقود وطبقوا عليه قواعد العقود عامة وإن جعلوه عقداً مركباً ففي البداية يتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى المحكم فاتفاقهما هذا عقد هو ما يعرف اليوم بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، ثم يختاران محكماً ويتفقان معه فيصير اتفاقهما هذا عقداً آخر.

٣ ـ شرط الفقهاء الاتفاق صراحة على اللجوء إلى التحكيم دون القضاء، فلا يتفق عليه ضمناً ولا يصح التحكيم عامةً لو كان الاتفاق ضمنياً.

٤ ـ اشترطوا في الخصوم توافر أهلية الأداء.

٥ ـ اشترطوا في المحكم توافر أهلية الشهادة وزاد عليها بعضهم اشتراط توافر صفات القاضي كاملة في المحكم.

٦ ـ جعلوا انتهاء التحكيم بأحد أمور أربعة:

أ ـ إصدار الحكم.

ب ـ ترك المحكم التحكيم.

ج ـ عزل الخصوم له.

د ـ سقوط أهلية أحد طرفي عقد التحكيم أو المحكم نفسه قبل صدور الحكم.

٧ ـ ألزموا الخصوم بما انتهى إليه حكم المحكم كأصل عام.

٨ ـ جعلوا الأصل في الحكم الصحة ما لم يثبت غير ذلك.

٩ ـ قصروا انصراف آثار الحكم على الخصوم، كأصل عام، دون أن ينصرف إلى غيرهم.

١٠ ـ اشترطوا لصحة الحكم التحكيمي عند تعدد المحكمين أن يصدر عن إجماعهم عليه.

١١ ـ لم يحدد الفقهاء السلطة المشرفة على تنفيذ حكم التحكيم، وهل يلزم لتنفيذه تصديق القاضي أم لا، وكيف يثبت إن لم يكن ثابتاً كتابة، وهل يجب أن يشهد على الحكم وقت صدوره أحد غير الخصمين، وإن اعتبر بعض الفقهاء أن شهادة المحكم بحكمه تثبته في حالة اختلاف الخصوم[١] والظاهر أن جميع هذه المسائل يسري فيها على حكم المحكم ما يسري على حكم القاضي.

٢٠٢ ـ التحكيم في الفقه عقد:

فالفقهاء عالجوا عقد التحكيم قبل صدور الحكم باعتباره عقداً له أركان وشروط وأطراف، أما بعد تحول هذا العقد إلى قضاء فقد اقتصروا على تقرير إلزامه ونفاذه في حق أطرافه تاركين ما دون ذلك.

(١) «الشرح الكبير»، ص٣٦٢ ـ ٣٩٣. والمقصود بالحاكم هو القاضي وحاكم الإمام هو القاضي المعين من قبله.

فلا نجد في آرائهم ما يدلنا على السلطة المسؤولة عن آثار هذا الحكم، ولا عن سلطة القاضي المعين من الحاكم حيال حكم التحكيم وتفاصيله الدقيقة، سوى ما ذكرناه عن تعرضهم لسلطة القاضي في نقض الحكم إذا ما رفع إليه، وإن لم يذكروا مناسبة رفعه إليه هل اختلاف الأطراف؟ أم ضرورة تصديقه عليه لتنفيذه؟ فترك دور القاضي والمسائل المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم وشكله دون تفصيل فقهي مما يفتح الباب واسعاً أمام إضافات فقهية تستلهم روح المبادئ القانونية المعاصرة ما دامت لا تخالف نصاً في القرآن أو السنة أو إجماعاً صحيحاً.

المطلب الثاني
مواضع الخلاف بين المذاهب الأربعة

٢٠٣ ـ واختلفت المذاهب الأربعة في الأمور التالية:

١/٢٠٣ ـ حق الخصوم في الاستمرار على اتفاق التحكيم أو العدول عنه وذلك على الآراء الآتية:

١/١/٢٠٣ ـ أن يكون حقهم في ذلك مطلقاً ـ سواء بالإمضاء أم بالعدول ـ في أي مرحلة من المراحل الزمنية للتحكيم.

٢/١/٢٠٣ ـ أن يكون حق الخصوم في ذلك مقيداً بصدور حكم التحكيم، فمتى صدر لم يكن من حق أيهم النكوص عنه.

٣/١/٢٠٣ ـ حق الخصوم مقيد في ذلك بالبدء في مباشرة المحكم لعمله ونظر الخصومة فمتى بدأ في نظرها أصبح اتفاق التحكيم ملزماً لهم قطعاً.

٢/٢٠٣ ـ سلطة القاضي الذي يوليه الحاكم في نقض الحكم التحكيمي أي إذا ما رفع إليه:

١/٢/٢٠٣ ـ إذا كان الحكم مجتهداً فيه ووافق مذهبه أمضاه، وإن كان في مجتهد فيه وخالف مذهبه نقضه وعدله بما يوافق مذهبه.

٢/٢/٢٠٣ ـ ليس له نقضه إطلاقاً طالما وافق أصوله الشرعية ولم يكن

مشوباً بعيب أو خطأ جسيم، فالاجتهاد لا ينقض باجتهاد آخر مثله.

٢٠٣/٢/٣ ـ اتفق أصحاب الرأيين السابقين في أن سلطة القاضي مطلقة في نقض الحكم متى خالف أصولاً شرعية أو شابه خطأ جسيم.

٢٠٣/٣ ـ في المنازعات الخاضعة للتحكيم: اختلف فقهاء المذاهب الأربعة ـ بل وأحياناً فقهاء المذهب الواحد ـ فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز فيه، على الآراء الآتية:

٢٠٣/٣/١ ـ خضوع جميع المنازعات المالية والحدود والقصاص للتحكيم، وكذلك اللعان والقذف والعتق.

٢٠٣/٣/٢ ـ لا تخضع للتحكيم سوى المنازعات المالية فيخرج ما دون ذلك.

٢٠٣/٣/٣ ـ تخضع المنازعات المالية والمسائل العائلية والنكاح والطلاق ويخرج الحدود والقصاص.

وكان مناط اختلافهم فيما يخضع للتحكيم وما ليس كذلك هو ما اعتبروه من حقوق الله تعالى فيختص بنظرها القاضي دون غيره، لأنها تخرج من ولاية الخصوم كالحدود والبعض قال بخروج القصاص أيضاً، لأن الخصوم لا يملكون التصرف في الدماء والأرواح، إذ هي حقوق الله تعالى، وبالتالي لا يملك الخصوم فيها التحكيم(١).

٢٠٤ ـ مسائل سكت الفقه السني عن معالجتها:

وسكت فقهاء المذاهب الأربعة عن:

١ ـ **كل الإجراءات المتعلقة بالتحكيم**، سواء في انعقاده أو إجرائه أو انتهائه.

٢ ـ **مكان التحكيم**، إلا أن بعضهم قال بعدم التزام المحكم بمكان منازعة التحكيم، وهذا مخالف لما هو مقرر في القوانين الحديثة من وجوب التزام هيئة التحكيم بالمكان الذي يتفق عليه أطرافه على اتخاذه مقراً له، وأن قانون هذا المكان يحكم الإجراءات التحكيمية فيما تعلق منه بالنظام العام

(١) انظر: ابن نجيم، ص٢٤.

وبالضمانات الأساسية للتقاضي ولو انعقدت اجتماعات الهيئة في مكان آخر[١].

٣ ـ **القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم**، حيث لم تعرف لديهم مشكلة تنازع القوانين ذلك أن القانون الوحيد المعروف عندهم هو المستمد من الشريعة الإسلامية، وهو ما يفترض علم المحكم بها عندما تتوافر فيه شروط الصلاحية.

٤ ـ **الزمان المحدد للتحكيم**: لم يحدد فقهاء المذاهب الأربعة وقتاً تنتهي فيه الخصومة، ويبدو أنهم تركوا ذلك للخصوم، حيث إن أحد أسباب انتهاء الخصومة عندهم مضي الوقت المحدد للتحكيم دون تمكن المحكم من الوصول إلى حكم مما يشير إلى حق الخصوم في تحديد مدة نظر النزاع.

٥ ـ **تحديد الخصوم**: أي هل يشترط فيهم الشخصية الطبيعية أم يصح تحكيم الشخصيات المعنوية والدول، ولعل سكوت الفقهاء عن ذلك يرجع إلى اعتبارهم معيار صحة التحكيم هو طبيعة المنازعة لا مركز الخصوم ما دامت توافرت فيهم شروط الأهلية.

٢٠٥ ـ تعليل هذا المسلك:

وسكوت الفقهاء عن الأمور السابقة كان ـ في نظرنا ـ إما ليقينهم بتغير الأحوال تبعاً لتغير الزمان، وإما احتراماً منهم لحرية المتعاقدين التي يتوقف عليها تحديد أمور كثيرة كزمان التحكيم وغيره[٢]. وفضلاً عما تقدم فإن سكوت الفقهاء في هذا الموضع ـ أو في أي مسألة أخرى ـ لا يترتب عليه حكم، لأن القاعدة الفقهية المسلمة عندهم جميعاً أنه لا ينسب إلى ساكت قول. وإن كان الوقوف على مواضع سكوتهم مهماً في تبين ما يجب على فقهاء العصور التالية

---

(١) انظر: البند ١٨١ من هذه الرسالة وما قرره الإمام أحمد بن حنبل من أن التحكيم يجوز في جميع المسائل ولم يعتد بالتفرقة المبنية على حقوق الله وحقوق العبد.

(٢) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال، «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية»، ص٢١٤. ويوجه المؤلفان انتقاداً قوياً لاتخاذ قانون مقر التحكيم قانوناً للإجراءات ويؤيدان إخضاع الإجراءات ـ كما يرى غالب الفقه الفرنسي ـ لقانون إرادة أطراف التحكيم.

لهم من الاجتهاد في هذه المواضع لئلا يخلو الفقه الإسلامي من حكم لها. وهذا هو مضمون مادة المجلة رقم [1] التي نصت على أنه: «لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان».

٢٠٦ ـ خلاصة:

وهكذا يجري الفقه الإسلامي في أغلب مذاهبه على جواز التحكيم حتى في حال وجود قاض في البلد، بل إن موقف بعض هذه المذاهب جعل إلزام عقد التحكيم يعلو على إرادة طرفيه، بعد مباشرة المحكم لمهمته، التي أعطوها حرية واسعة في تحديد ملامح التحكيم ابتداء. وواضح في موقف الفقهاء من التحكيم إعلاؤهم لشأن حرية الإرادة في تشكيل هذا العقد وبنائه في البداية، وما هذا إلا امتداد لمبادئ الفقه الإسلامي الأصلية في احترام الإرادة الشخصية وحماية ما تنصرف إليه طالما كان ذلك في حدود الشريعة وقواعدها الملزمة.

---

(١) انظر: سليم باز، «شرح مجلة الأحكام العدلية»، القاعدة رقم (٦٧)، ص٤٧ ـ ٤٨.

الفصل الثالث

التحكيم في مجلة الأحكام العدلية

٢٠٧ - تمهيد:

عرفنا مجلة الأحكام العدلية تفصيلاً فيما سبق من هذه الرسالة، وبينا كيف تأثرت بها قوانين بعض البلاد العربية سواء في ذلك الدول التي طبقت أحكامها والتي لم تطبقها، وكيف استمر هذا التأثير حتى وقتنا هذا لتصطبغ قوانين هذه البلاد بصبغة المجلة في كثير من تفاصيلها.

وفي هذا الفصل نحاول أن ننظر عن قرب إلى تشريع المجلة في مجال تنظيم عقد التحكيم، وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

أولهما: عن التحكيم وطبيعته وخصومته في المجلة.

والثاني: عن المحاكم وحكم التحكيم[١].

---

(١) رجعنا بصفة أساسية إلى «شروح المجلة»: سليم الباز، الطبعة الثالثة، بيروت ١٩٩٣م؛ منير القاضي، مطبعة العاني، بغداد؛ محمد سعيد المحاسني، مطبعة الترقي بدمشق؛ علي حيدر، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام»، طبعة دار الكتب العلمية بيروت؛ محمد سعيد الغزي، «الأدلة الأصلية الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية»؛ محمد خالد الأتاسي ومحمد طاهر الأتاسي، «شرح المجلة»، ط سنة ١٣٤١هـ؛ محمد الحسين آل كاشف الغطاء، «تحرير المجلة»، ط سنة ١٣٥٩.

المبحث الأول

التحكيم وطبيعته وخصوصيته وخصومته في المجلة

المطلب الأول
تعريف التحكيم وطبيعته في مجلة الأحكام العدلية

٢٠٨ ـ موضع التحكيم من المجلة:

اعتبرت مجلة الأحكام العدلية التحكيم إحدى وسائل حسم النزاع وإنهائه، من بين وسائل أربعة، وهي على ترتيبها في المجلة:

الصلح والإبراء والدعوى القضائية والتحكيم، وتناولت هذا الأخير في الباب الرابع من كتابها السادس عشر، والأخير، بعد تناولها للقضاء عامة، فختمت به نصوصها.

٢٠٩ ـ تعريف المجلة للتحكيم:

وعرفت المجلة التحكيم في مادتها رقم (١٧٩٠) بأنه «عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومُحكَّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة». وقد جاء تعريف التحكيم في مقدمة الكتاب السادس عشر ـ كتاب القضاء ـ الذي تناول بابه الرابع أحكام التحكيم تفصيلاً.

وأحالت المجلة في المادة السابقة إلى المادة (١٦٣٤) في تعريف الخصمين وهما وفقاً لتلك المادة: «إذا ادعى أحد شيئاً وكان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم بتقدير إقراره فيكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، وإن كان لم يترتب حكم على إقرار المدعى عليه إذا أقر لم يكن خصماً

بإنكاره. . .» أي أن الخصم في الدعوى هو المدعي عليه، ويشترط في الأخير أن توجه إليه طلبات موضوعية يستطيع القضاء إلزامه بها لا أن يكون توجيه الدعوى إليه ليصدر الحكم في مواجهته أو ليلزم بتنفيذه إن كان جهة حكومية أو شخصية معنوية يهم المدعي تنفيذها للحكم[1].

وأحالت المجلة كذلك في تعريف المحكم إلى المادة (١٧٨٥) وهي تعرفه بما نصه «هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة». وهذا هو القاضي. ويجمعه مع المحكم الاختصاص بالفصل في النزاع، ولكنه لا يعينه السلطان وإنما يختاره الخصوم.

وأحالت في تعريف الدعوى إلى المادة (١٦١٣) التي تعرفها بأنها «طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه». والحاكم هنا سيصبح المحكم في التحكيم.

٢١٠ ـ خصائص التحكيم في المجلة:

ومن النظر في المواد السابقة يتبين ما يلي:

١/٢١٠ ـ جعلت مجلة الأحكام العدلية اللجوء إلى التحكيم رهناً بإرادة أطراف النزاع، فهو ليس وسيلة إجبارية كما أنه ليس الطريق الطبيعي لحسم المنازعات.

٢/٢١٠ ـ اشترطت المجلة رضا الطرفين ـ ولا يتحقق ذلك برضا أحدهما دون الآخر ـ لتنعقد الخصومة صحيحة.

٣/٢١٠ ـ في إحالة المجلة عند ذكرها المحكم ـ في مادتها رقم (١٧٩٠) التي عرفت فيها التحكيم ـ إلى تعريفها العام للحاكم تكون قد اشترطت في

(١) قد يختصم المدعي جهة حكومية ليصدر الحكم في مواجهتها كالشهر العقاري، وقد يختصم صحيفة لتقوم بنشر الحكم الصادر ضد خصمه بعد صدوره إذا كانت قد نشرت شيئاً سابقاً يتصل بخصومتهما... وهذه الصور ومثيلاتها لا تعتبر فيها الجهة الحكومية أو الصحيفة «مدعى عليه» بتعبير المجلة. وسيرد تفصيل لمن تعتبره المادة المشار إليها في المتن خصماً ومن لا تعتبره كذلك.

المحكم الذي يختاره الخصوم الشروط التي اشترطتها في القاضي المعين من قبل الوالي أو الحاكم وإن لم تذكر ذلك تصريحاً.

٤/٢١٠ ـ في تعريفها للتحكيم لم تتناول المجلة لا أركانه ولا شروط صحته مما يؤكد أنها لم تتبن صيغة محددة في تعريفه، وإنما وضعت بعض القواعد التي يجب توافرها في العملية التحكيمية لتتم على وجهها الصحيح، دون تبنيها لتعريف قانوني محدد، فتعريفها التحكيم أقرب إلى التعريفات اللغوية منه إلى التعريفات القانونية.

٥/٢١٠ ـ لم يعتبر بعض شراح المجلة للمادة (١٧٩٠) التي عرفت التحكيم أية أهمية حتى وصفها بعضهم «أشبه بالمهزلة والفضول»[١]، والواقع أن هذا النظر غير صحيح. فأهمية هذه المادة تبدو على الأقل في أمرين، أولهما: تحديدها صفات المحكم، بإحالتها إلى تعريف القاضي، التي تعني اشتراط توافر صفاته وشروط توليته في المحكم. وثانيهما: أنها بإحالتها في بيان صفات الخصوم إلى تعريفها العام للخصوم في المادة (١٦٣٤) تكون قد حددت أموراً تتعلق بمن يجوز له اللجوء إلى التحكيم ومن لا يجوز له ذلك، وتكون قد أخرجت بعض المنازعات من دائرة جواز عرضها على التحكيم؛ من ذلك ما نصت عليه المادة المذكورة من أنه «. . . . . . إذا ادعى أحد على مال اليتيم أو على مال الوقف بأنه مالي (أي مال هذا المدعي) فلا يترتب على إقرار الولي أو الوصي أو المتولي حكم لأنه ليس بنافذ وأما إنكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته ولكن يعتبر إقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على عقد صادر منهم. . .». فما يسري في حق الخصوم في الدعاوى عامة يسري في حق خصوم التحكيم لإحالة نصوص المجلة في بيان صفاتهم إلى قواعدها العامة في ذلك.

٦/٢١٠ ـ التعريف القانوني الشامل لعقد التحكيم في المجلة لا يمكن استخلاصه إلا بعد استعراض أحكام التحكيم وقواعده جميعاً، ولا يمكن التعويل على تعريف المادة (١٧٩٠) إلا في الأمور السابق بيانها.

---

(١) محمد الحسين آل كاشف الغطاء، «تحرير المجلة»، ص١٨٠، الجزء الثاني، المجلد الرابع.

٢١١ ـ متى يكون الاتفاق على التحكيم:

لم تشترط المجلة الاتفاق على التحكيم قبل نشأة النزاع، فللخصوم مطلق الحرية قبل النزاع أو بعده في الاتفاق على التحكيم بما يؤدي إلى تقييد سلطة القضاء ـ الأصلية ـ في نظر الخصومة. ولكن تحديد المحكم والبدء في الإجراءات لا يكون إلا بعد نشأة النزاع. وإن كانت عبارة المادة (١٨٤١) «يجوز التحكيم في دعاوى المال......» تدل على أن الاتفاق يجوز أن يلحق النزاع، فلا دعوى بلا نزاع. إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق السابق للنزاع، إذ الأصل هو الإباحة ما لم يرد نص مانع، وبتطبيق هذا الأصل نجد أنه يجوز، في ظل نصوص المجلة، شرط التحكيم الذي يرد في عقد من العقود، ويكون، بطبيعة الحال، سابقاً على نشأة النزاع. كما تجوز المشارطة التي تبرم بعد النزاع.

٢١٢ ـ كيف يتم الاتفاق على التحكيم:

لم تشترط المجلة كذلك اتخاذ اتفاق التحكيم شكلاً محدداً ولم تجعل له إجراءاً لتصديقه أو شهره ليصبح نافذاً بين الخصوم.

والاتفاق على التحكيم في المجلة يتم بمجرد الإيجاب والقبول بين طرفي الخصومة، ويصبح نافذاً في حقهما بالإيجاب والقبول بينهما من جهة وبين المحكم من جهة أخرى، وهو ما يفهم من نص المادة (١٧٩٠) «اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما لفصل خصومتهما...». فهو عقد بين الخصوم معلق على موافقة المحكم الذي يختارانه لمباشرة الفصل في الخصومة. وليس لهذا العقد ـ شأن سائر العقود في المجلة ـ شكل معين يجب إفراغه فيه، بل هو عقد رضائي يصح ولو تم شفاهة.

وقد اعتبر شراح المجلة تعيين المحكم في اتفاق التحكيم بين الخصوم واجباً وإلا بطل الاتفاق. «فلو اتفق الخصمان على أن يحكما أي شخص يصادفانه، فلا عبرة باتفاقهما، فهو اتفاق غير ملزم»[1]. فصحة اتفاقهما على

---

(١) شرح منير القاضي، «شرح المجلة»، ص١٨٩، ومرد ذلك إلى جهلهما ـ أي الطرفان ـ حينئذ بمدى توافر الشروط اللازمة للمحكم فيه، أو إلى احتمال عدم توافرها فعلاً.

التحكيم معلقة على صحة اتفاقهما مع المحكم، وإلا ترتب نتيجة لذلك عدم سريان الاتفاق.

ولم تتضمن المجلة أي إجراءات شكلية لبدء التحكيم ولم تنظم نصوصها كيفية تنفيذ حكمه بعد إصداره موافقاً لأصوله، فيبدو أن تنفيذه يخضع إلى القواعد العامة لتنفيذ الأحكام.

المطلب الثاني
أطراف خصومة التحكيم وجواز الصلح فيها

٢١٣ ـ أطراف خصومة التحكيم:

أحالت المادة (١٧٩٠) التي عرفت التحكيم إلى المادة (١٦٣٤) في تعريف الخصمين، ونص هذه الأخيرة هو «إذا ادعى أحد شيئاً وكان يترتب على إقرار المدعى عليه حكم بتقدير إقراره فيكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، وإن كان لم يترتب حكم على إقرار المدعى عليه، لم يكن خصماً بإنكاره، مثلاً إذا أتى أحد من أرباب الحرف وادعى على أحد بقوله إن رسولك فلاناً أخذ مني المال الفلاني أعطني ثمنه، فيكون المدعى عليه خصماً للمدعى عليه إذا أنكر لأنه يكون مجبوراً على دفع ثمن المبيع وتسليمه إلى المدعي عند إقراره وتسمع دعوى المدعى وبينته على هذه الحال لا مجبوراً على دفع ثمن المبيع وتسليمه إلى المدعي وعلى هذا الحال لا تسمع دعوى المدعي، والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة، فإنه إذا ادعى أحد على مال اليتيم أو على مال الوقف بأنه مالي (أي مال المدعي) فلا يترتب على إقرار الولي أو الوصي أو المتولي حكم لأنه ليس بنافذ، وأما إنكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته، ولكن يعتبر إقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على عقد صادر منهم. مثلاً لو باع ولي الصغير ماله بمسوغ شرعي ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك يعتبر إقراره».

بهذه المادة يخرج الصغير والموصى عليه والمتولي عنه من جواز اللجوء إلى التحكيم إذا كان موضوع النزاع مال الصغير ويجوز تحكيم ولي الصغير

والموصى والمتولي إذا كان في تصرف صدر منهم متعلق بالمال محل الولاية أو الوصاية وذلك على عكس ما ذهب إليه المذهب الحنفي الذي أخذت عنه المجلة أحكامها، وفيه أن مثل هذه الحقوق تخضع لولاية القضاء فلا يجوز التحكيم عليها[1].

وباعتبار الخصومة أمام المحكم دعوى فإنها يسري عليها ما يسري على الدعاوى من قواعد، فقررت المجلة في المادة (١٦١٦) أنه: «يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين ودعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة ولكن يصح أن يكون أولياؤهما وأوصياؤهما مدعين أو مدعى عليهم في محلهما». فالمجلة تشترط في الخصوم، لصحة الدعوى بصفة عامة، توافر أهلية الأداء التي اشترطها فقهاء المذهب الحنفي في طرفي التحكيم، ولعموم النص، وعدم تخصيصه طرفي خصومة التحكيم بأحكام مختلفة، تسري عليهما، لذلك، القواعد العامة في الدعاوى.

٢١٤ ـ جواز الصلح في التحكيم بشرط الأهلية له:

قررت المجلة في قواعدها المنظمة للتحكيم أن الخصوم يمكن أن يأذنوا للمحكمين بالصلح، ويترتب على ذلك أنه ينبغي توافر الأهلية المطلوبة في الخصوم لعقد الصلح إذا ما أذنوا بالصلح، وهو ما قررته المجلة في مادتها رقم (١٥٣٩) بنصها أنه: «يشترط أن يكون المصالح عاقلاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فلا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز أصلاً، ويصح صلح الصبي المأذون إن لم يكن فيه ضرر بين كما إذا ادعى أحد على الصبي المأذون شيئاً وأقرَّبه فيصح صلحه عن إقراره. وللصبي المأذون أن يعقد الصلح على تأجيل وإمهال طلبه، وإذا صالح على مقدار من طلبه وكانت له بينة بتمامه فلا يصح صلحه وإن لم تكن له بينة وتحقق أن خصمه سيحلف يصح وإن ادعى على آخر مالاً فصالح على مقدار قيمته يصح ولكن إذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال فلا يصح». ونصت المادة (١٥٤٠) على أنه: «إذا صالح ولي الصبي عن دعواه فيصح إن لم يكن فيه ضرر بين وإن كان فيه ضرر

(١) انظر ما سبق عند الكلام عن التحكيم في المذهب الحنفي بند ١٨١ وما يليه.

بيّن لا يصح، بناء عليه لو ادعى أحد على صبي كذا دراهم وصالح أبوه على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي يصح إن كانت للمدعي بينة، وإن لم تكن له بينة لا يصح، وإذا كان للصبي طلب في ذمة آخر وصالحه أبوه على حط وتنزيل مقدار منه فلا يصح صلحه إن كانت له بينة، وإن لم تكن له بينة وتحقق أن المديون سيحلف يصح. ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار طلبه ولكن إذا وجد غبن فاحش فلا يصح».

٢١٥ ـ شروط أطراف الخصومة:

من استعراض المواد أرقام (١٥٣٩) و(١٥٤٠) و(١٦١٦) و(١٦٣٤) السابق عرضها نخلص إلى الآتي:

٢١٥/١ ـ لصحة عقد التحكيم بين طرفيه يشترط أن يكون طرفا التحكيم عاقلين مميزين، فيبطل تحكيم الصبي غير المميز والسفيه والمجنون.

٢١٥/٢ ـ أما الصبي المأذون له في التصرف فإن كانت المجلة جوزت له الصلح، فله من باب أولى اللجوء إلى التحكيم، فالتحكيم قضاء خاص، إن لم يوافق حكمه الأصول العامة للشريعة ورفع إلى القاضي المولى من الحاكم نقض الحكم، بما يحفظ للصبي المأذون حقه وماله، حتى لو فوض المحكم بالصلح.

٢١٥/٣ ـ أما ولي الصغير والوصي والمتولي فهؤلاء كما في نص المادة (١٦٣٤) يجوز لهم التحكيم في المنازعات حول تصرفاتهم الواقعة على المال محل الولاية أو الوصاية. ولا يجوز لهم التحكيم في النزاع على حق من هم أوصياء عليه، إذا كانت المنازعة فيه مبتدأة من الغير، دون سبق وقوع تصرف من الوصي أو الولي، ويكون الاختصاص في هذه الحالة للقضاء وحده حماية لحق الصغير.

٢١٥/٤ ـ ممثلو الشخصيات المعنوية كالشركات والمؤسسات يجوز لهم التحكيم في الخصومات والمنازعات الواقعة على ما يبرمونه من عقود وما يأتونه من تصرفات في مال الشركة أو المؤسسة ودليل هذا ما نصت عليه المادة (١٨٤١) في صدر الباب الرابع الذي عالج التحكيم من أنه «يجوز التحكيم في

دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس». ولفظ «الناس» لا يقتصر على الأشخاص الطبيعيين ـ كما هو ظاهره اللغوي ـ بل يتسع ليشمل الأشخاص بوجه عام طبيعيين كانوا أم معنويين.

٢١٦ ـ شروط المجلة والمذهب الحنفي:

إن مجلة الأحكام العدلية وقفت في الشروط اللازم توافرها في الخصوم ليقع التحكيم صحيحاً عند ما قرره فقهاء المذهب الحنفي، وإن كانت قد تجاوزتها عندما أجازت لجوء الولي والوصي والمتولي إلى التحكيم فيما يصادفونه من منازعات بمناسبة ما يعقدونه من عقود وما يأتونه من أفعال بصفاتهم أوصياء أو أولياء ولكنها لم تتعد هذا إلى إجازة التحكيم لهم بصفة عامة في أي نزاع يقوم على أصل مال الصغير ابتداء.

٢١٧ ـ خصومة التحكيم في نصوص المجلة:

نصت المادة (١٨٤١) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: «يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس».

ونصت المادة (١٨٤٦) على أنه «إذا تقيد التحكيم بوقت فيزول بمروره، مثلاً الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم إلا مدة ذلك الشهر لا أن يحكم بعد انقضائه وإذا حكم بعد الانقضاء فلا ينفذ حكمه».

ونصت المادة (١٨٤٢) على أن: «حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصياتهما».

ونصت المادة (١٨٥٠) على أنه «إذا أذن الطرفان بالصلح المحكمين اللذين جعلوهما مأذونين بالحكم توفيقاً لأصوله المشروعة فيعتبر صلحهم، وهو أنه إذا وكّل أحد الطرفين أحد المحكمين والآخرُ الآخرَ بالصلح في الخصوص الذي تنازعاً فيه وتصالحاً توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح فليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول هذا الصلح». ونستطيع أن نستخلص الأحكام الآتية من النصوص سالفة الذكر.

٢١٨ ـ ما لا يصح التحكيم فيه:

وجود قاعدة عامة تحدد الدائرة التي لا يجوز أن تخرج عنها موضوعات منازعات التحكيم، فجميع الدعاوى المالية المتعلقة بحقوق الناس تخضع للتحكيم، فتخرج من دائرة التحكيم بذلك أمور الأحوال الشخصية، والقصاص، والحدود واللعان وغيرها ـ وهي على أية حال لم تكن من النظم العقابية المطبقة في الدولة العثمانية في ذلك الوقت حيث كان القانون الجنائي الإسلامي قد ألغى عام ١٨٥٠ بصدور قانون عقوبات جديد مأخوذ عن القانون الفرنسي والإيطالي[1] ـ وبذلك أيضاً تخرج المنازعات المتعلقة بالأهلية لعدم ارتباطها بمنازعة مالية.

٢١٩ ـ وجوب تحديد نطاق الخصومة أمام المحكم:

يجب على الخصوم إيضاح موضوع نزاعهم بما لا يدع أي مجال للبس بالنسبة للمحكم، فهو لا يحكم إلا فيما يرفعه إليه الخصوم وليس فيما يراه هو مرتبطاً بالنزاع من الأمور المعروضة عليه ولا فيما يثور من منازعات أخرى بين طرفي التحكيم، أو يكون قائماً قبله، ما داما لم يتفقا على عرضه على التحكيم. وبنص المادة (١٨٤٢) تكون المجلة قد تركت سؤالاً هاماً دون إجابة، هو: ما مصير الحكم التحكيمي إذا تطرق إلى أمور لم يرفعها إليه الخصوم؟ إن الجواب على هذا السؤال يقتضي العودة إلى المذهب الحنفي، أصل المجلة ومصدر أحكامها، والمقرر في المذهب أن الحكم الذي يتعرض لأمر خارج عن نطاق الدعوى ينفذ إذا كانت الزيادة قابلة للانفصال عن أصل النزاع، أما إذا كان الحكم وحدة واحدة ولا يمكن تجزئته فهنا يبطل الحكم،

---

(١) انظر في تفصيل ذلك كتاب:

Uriel Heyd, Studies in Early Ottomman Criminal Law.

وكتاب:

Delmar Karlen & Ilhan Arsel, Civil Letigation in Turkey, Ajans Turk Press, 1957.

حيث يذكر المؤلفان أن تركيا ألغت تطبيق المجلة في سنة ١٩٢٦، واستقت قانونها التجاري من القانون الألماني سنة ١٨٥٠، وقانونها المدني من القانون السويسري، وقانونها الجنائي من القانون الإيطالي.

ويلزم إما رفع النزاع إلى القضاء، أو عقد تحكيم جديد، وذلك قياساً على رأي المذهب الحنفي فيما إذا تضمن الحكم إلزام غير الخصوم بقضاء ما.

وقد ذهب بعض شراح المجلة أن حكم المحكم في هذه الحالة بمثابة حكم الفضولي فيخضع لأحكامه والتي ملخصها نفاذ الحكم متى أجازه جميع الأطراف المرتبطة مصالحهم به أو الصادر في حقهم[1].

٢٢٠ ـ جواز التفويض بالصلح[2]:

لطرفي خصومة التحكيم تفويض المحكم بالصلح. «فللمحكمين أن يسلكا طريق الصلح إذا اختار أحد الخصمين أحدهما وأذنه بالمصالحة واختار الثاني ثانيهما وأذنه بالمصالحة وإذا سلكا طريق الصلح وفقاً لما جاء في كتاب الصلح كان الصلح لازماً على الخصمين فليس لأحدهما الامتناع عن قبوله، لأن الصلح وقع بين وكيليهما وتصرف الوكيل كتصرف الموكل»[3]. والصلح من التصرفات اللازمة، وهي مقيدة، مثل الأحكام، بالتزام المحكم الأصول الشرعية وعدم تعديه إياها، وأيضاً لو تجاوز المحكم في الصلح وصحة هذا الصلح المسائل المفوض له الصلح فيها لم يمض صلحه. كذلك لو اتفق الخصمان على الصلح في أمور دون أمور، من مجمل المعروض على التحكيم، التزم المحكم بما فوض فيه، فليس له أن يتعداه لغيره. ويشترط ليصح صلح المحكم اتفاق الخصمين كليهما فلا يجوز أن يصالح المحكم بناء على تفويض من أحدهما دون الآخر، وإلا بطل الحكم[4].

٢٢١ ـ تجاوز الخصومة سلطة المحكم:

لو عرض للمحكم أمر خارج دائرة اختصاصه القانونية، لا الاتفاقية ـ كما

---

(١) علي حيدر، «درر الأحكام شرح مجلة الأحكام»، ص٦٤٢، فقد كتب أن «نفوذ حكم المحكم في الخصوص الذي حكماه به هو لأن للحكم ولاية شرعية على المتخاصمين في ذلك الخصوص، فيكون حكمه في الخصومات التي ليس له ولاية فيها حكماً فضولياً».

(٢) راجع البند ١٨٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر سليم باز، «شرح المجلة»، ص١١٩٩.

(٤) منير القاضي، «شرح المجلة»، ص١٩٤. ومحمد سعيد الغزي، كتاب «الأدلة الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية»، ص٥٤٠.

لو حكماه في صحة عقد مشكوك في أهلية أحد أطرافه ـ فلكي يحكم في الصحة يلزمه ابتداء النظر في أهلية أطرافه، باعتبارها مسألة أولية لا يمكنه الحكم في موضوع الدعوى قبل البت فيها. فعندئذ لابد من تصديه للحكم في الأهلية، وهو ما يخرج عن نطاق اختصاصه المحدد له بنص المادة (١٨٤١) فليس أمامه إلا أحد أمرين:

إما أن يوقف الدعوى ويلزم الخصوم رفع هذا الأمر للقاضي ليفصل فيه؛

وإما أن يرفض الفصل في الدعوى حتى يحسم الأمر، وعندئذ يكون استنفذ ولايته ولا يحكم في النزاع الأصلي، إلا إذا عينه الخصوم لذلك، بعد صدور الحكم القضائي في المسألة الأولية. ولا يجوز له الفصل، فيما يدخل في اختصاصه، تعليقاً على حكم القاضي المعين فيما يخرج عن اختصاص المحكم، لأن الأحكام التحكيمية لا يجوز تعليقها على شرط أو إضافتها إلى زمن[١].

٢٢٢ ـ اقتصار التحكيم على منازعات المال وحدها:

الموضوعات الداخلة في إطار التحكيم في المجلة يخرج من دائرتها التحكيم الدولي والسياسي وأي تحكيم غير تجاري ـ مالي ـ بنص المجلة في المادة رقم (١٨٤١).

٢٢٣ ـ مدة التحكيم:

جعلت المجلة التحكيم كالقضاء يتقيد بزمان[٢]، وتحديد زمان التحكيم منوط بإرادة طرفيه، فإما أن يحدداه بصورة قاطعة وإما أن يتركا ذلك للمحكم، فإذا حدداه، وتجاوزه المحكم دون إذنهما، يبطل التحكيم ولو كان قد أصدر حكمه، ويعزله ذلك عن الخصومة إن لم يكن قد أصدر حكمه بعد، كما جرى نص المجلة في المادة رقم (١٨٤٦).

---

(١) المراجع سالفة الذكر.

(٢) المقصود جواز تولية القاضي لمدة معينة من الزمن كسنة وسنتين.

المبحث الثاني

المحكم وحكم التحكيم في المجلة

نتناول في مطلب أول ما قررته المجلة بشأن المحكم وفي مطلب ثانٍ ما قررته بشأن حكم التحكيم.

المطلب الأول
المحكم في مجلة الأحكام العدلية

٢٢٤ ـ النصوص الخاصة بالمحكم:

نصت المادة (١٨٤٣) أنه: «يجوز تعدد المحكم، يعني يجوز نصب حكمين أو ثلاثة أو أزيد لخصوص[1] ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكماً».

ونصت المادة (١٨٤٤) على أنه: «إذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفاً فيلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد منهم أن يحكم وحده».

ونصت المادة (١٨٤٥) على أنه: «للمحكمين أن يحكموا آخر إن كانوا مأذونين من الطرفين وإلا فلا».

ونصت المادة (١٨٤٧) على أنه: «لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم، ولكن إذا أجازه الحاكم المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين إياه فيكون بمنزله نائب هذا الحاكم لأنه استخلفه».

٢٢٥ ـ الأحكام التي تدل عليها نصوص المحكم:

إن النظر في النصوص سالفة الذكر يؤدي إلى تبين الأحكام الآتية:

---

(١) المقصود لخصوص منازعة معينة.

٢٢٦ ـ تعدد المحكمين جائز:

إن طرفي التحكيم بالخيار، إما أن يعينا معاً محكماً أو عدة محكمين للفصل في الخصومة بعد اتفاقهما على التحكيم، أو يعين كل منهما محكماً عنه. ويجب أن يعرف المحكم بتعيينه ويقبله لأن عقد التحكيم لا يتم إلا بقبوله كما أسلفنا[١].

ويجب أن يكونوا معلومين غير مجهولين، فلو اتفق الخصوم على تحكيم أي شخص يلتقون به فلا إلزام لاتفاقهما ولا عبرة به، وأما حالة التعدد فلا إلزام فيها بعدد معين فردياً كان أم زوجياً، إذ أن العبرة برضا الأطراف بمن يفصل بينهم.

٢٢٧ ـ وجوب الإجماع عند التعدد:

في حالة تعدد المحكمين وهو الخيار المتاح أمام الخصمين، يجب أن يصدر الحكم بإجماعهم. وهذا هو ما شرطه المذهب الحنفي عند تعددهم؛ إلا لو فوضهم الخصوم في الحكم بأكثرية الآراء، ففي هذه الحالة ينفذ الحكم عند صدوره بالأغلبية. وعلة ذلك أن الفقهاء الأحناف اشترطوا سواء في القاضي والمحكم أن يكون معلوماً للخصوم، أي اشترطوا معرفة الخصوم بمن أصدر الحكم، وفي حالة الحكم بالأكثرية لا يتحقق هذا الشرط، فإذا أجاز الخصوم ذلك فهو تنازل منهم عن حق مكفول لهم بموجب القانون بمحض اختيارهم، فنزولاً على إرادة الخصوم يفوض المحكمون عندها في الفصل بالأغلبية، ويلزم لصحة هذا التفويض صدوره بإجماع آراء الخصوم، فلا يصح التفويض إذا انبنى على رأي أحد الخصوم دون الآخرين[٢].

---

(١) «وفي الهندية (المقصود هنا الفتاوى الهندية وهو أحد الكتب الأساسية في المذهب وقد سبقت الإشارة إليه) إذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما ولم يعلماه ولكنهما قد اختصما إليه وحكم بينهما، جاز، إذ يكفي معرفة شخصه وقت التحكيم، وإذا اصطلحا على غائب يحكم بينهما فقدم وحكم بينهما جاز...»

ـ محمد خالد الأتاسي ومحمد طاهر الأتاسي، «شرح الأتاسي للمجلة العدلية»، ص١٧٧.

(٢) هناك من قال ـ ويبدو أنه بعض شراح المجلة ـ بأنه رغم صدور التفويض يظل التجهيل في شخص المحكمين قائماً. وقد رد على ذلك شرح الأتاسي بأن «أشخاص المحكمين =

٢٢٨ ـ جواز تفويض غير المحكمين في الحكم:

للمحكمين كذلك تفويض غيرهم في الحكم، وشرط ذلك إذن الخصوم في التفويض، فلا يحق للمحكمين التفويض دون إذن الخصوم لما ذكرناه آنفاً عن طبيعة التفويض الذي يمنحهم إياه الخصوم[١].

٢٢٩ ـ انتهاء مهمة المحكم:

تنتهي مهمة المحكم بأحد أمور أربعة:

أ ـ عزل الخصوم له.

ب ـ انتهاء الوقت المحدد للفصل في الخصومة دون أن يفصل فيها.

ج ـ الفصل في الخصومة وإصدار حكمه.

٢٣٠ ـ جواز عزل المحكم:

للخصوم عزل المحكم طالما لم يصدر حكمه بعد ـ وهذا كما رأينا سابقاً كان مثار جدل بين الفقهاء؛ وقد رجحنا آنفاً انتفاء حرية الخصوم في عزل المحكم فور صدور الحكم إذ يكون الحكم نافذاً عليهما ولا يحق لهم عزل المحكم بعدها[٢]، علة ذلك عند من قالوا به ـ وهو ما أخذت به المجلة ـ أن المحكم يستمد ولايته على الخصوم من ولايتهم على أنفسهم، فهم قلدوه

= معلومة والمجهول هو الرأي الذي سيبديه محكم واحداً كان أو أكثر» محمد طاهر الأتاسي ومحمد خالد الأتاسي، «شرح الأتاسي للمجلة العدلية»، ص١٧٨.

(١) يبدو أن نص المادة (١٨٤٥) المترجم في شرح المجلة لعلي حيدر وقع فيه خطأ من المترجم حيث جاء على النحو الآتي:
«إذا كان المحكمون مأذونين بالتحكيم»، والنص الصحيح هو ما جاء في جميع الشروح الأخرى من أن «للمحكمين أن يحكموا آخر إن كانوا مأذونين من الطرفين وإلا فلا».
ذلك أن الإذن لهم بالتحكيم لا محل له أصلاً لأن التعاقد الأصلي مبني على إعطائهم الحق في التحكيم بين الأطراف، ولم يأت النص على هذا النحو في أي شرح آخر، ولا في الطبعة الخامسة للمجلة الصادرة عام ١٩٦٨م.

(٢) والواقع أن عزل المحكم بعد الحكم لا فائدة منه إذ أن ولايته أصلاً تنتهي بإصداره حكم التحكيم، فليس هناك ما يترتب على عزله بعد إصداره حكمه. راجع بند ١٨٢ السابق.

حكماً عليهم فيجوز لهم عزله متى شاءوا ذلك، وحريتهم في ذلك تنتهي بإصداره الحكم. وتنتهي أيضاً بتصديق القاضي على تعيينه لأي سبب كان، فعندها لا يجوز للخصوم عزله ولو لم يصدر حكمه بعد، ولا ينعزل في هذه الحالة إلا بقرار القاضي، لأنه أصبح بتصديقه على تعيينه كأنه هو الذي عينه أصلاً. ولا يملك الخصوم عزل من عينه القاضي.

٢٣١ ـ انتهاء مدة التحكيم:

سبق أن ذكرنا أن التحكيم كالقضاء يجوز اتفاق الخصوم على تحديد زمنه فلو انتهى الوقت المحدد له ولم يصدر المحكم حكمه ولم يأذنه الخصوم بمدة أخرى انعزل عن الخصومة.

٢٣٢ ـ الفصل في خصومة التحكيم:

تنتهي مهمة المحكم نهايتها الطبيعية بإصداره الحكم المنهي للخصومة، وبالتالي لا تصبح له بعد ذلك أية ولاية على الخصوم ولا يجوز له مباشرة أي أمر يتعلق بالخصومة إلا بناء على طلب أطرافها وموافقتهم.

٢٣٣ ـ أهلية المحكم:

أهلية المحكم أمر لم تبحثه مجلة الأحكام العدلية في الباب الذي عالجت فيه التحكيم، ولكن تمكن معرفة الأهلية المطلوبة في المحكم إذا نظرنا إلى الشروط التي وضعتها المجلة فيمن يتولى القضاء في المادة رقم (١٧٩٢) والمادة رقم (١٧٩٣) والمادة رقم (١٧٩٤) وجرت نصوصها على الآتي:

المادة (١٧٩٢) نصها: «ينبغي أن يكون الحاكم حكيماً فهيماً مستقيماً وأميناً مكيناً متيناً». والمادة رقم (١٧٩٣) نصها: «ينبغي أن يكون الحاكم واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لهما».

والمادة رقم (١٧٩٤) نصها: «يلزم أن يكون الحاكم مقتدراً على التمييز التام، بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي».

ولفظ الحاكم في النصوص السابقة يعني القاضي والمحكم على السواء، ودليل ذلك نص المادة (١٧٩٠) التي عرفت التحكيم بأنه: «التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً...» وأحالت في لفظ الحاكم إلى نص المادة (١٧٨٥) التي عرفت الحكام بنصها على إنه: «هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة» وهذا هو القاضي قطعاً. وورود هذا النص عاماً معرفاً بمهمة الحاكم ووظيفته، مع إحالة نص المادة (١٧٩٠) عند ذكر المحكم عليه يصبح ما يجب توافره في الحاكم شاملاً كلاً من القاضي والمحكم.

٢٣٤ ـ شروط المحكم هي شروط القاضي:

ومن استقراء النصوص التي وصفت الحكام يظهر أن ما يجب توافره في المحكم هي الشروط العامة التي اشترطها الفقهاء في القاضي وهي في مجملها تشترط العدالة والرشد والعلم والاستقامة الخلقية، واشترطت كذلك علمه بالمسائل الفقهية وأصول المحاكمة، أي أن المحكم ينبغي له وفقاً لنصوص المجلة أن يلم بمعرفة قانونية لا بأس بها لأن أصول المحاكمة من المسائل القانونية التي لا يحيط بها كل شخص ويشترط فيه كذلك سلامة الحواس والتمييز لأن عدم توافر ذلك لا يؤهله للحكم عن بينة وعلم صحيحين.

ونقصان أي صفة من الصفات التي اشترط القانون توافرها في المحكم تخرج المحكم من دائرة الأهلية المشترط توافرها فيه وبالتالي لا تصح توليته التحكيم.

٢٣٥ ـ حق المحكم في التنحي:

المحكم في خصومة التحكيم مولّىً برضاه، وله مطلق الحرية في عزل نفسه عن الخصومة، دون إلزامه بتقديم أسباب لذلك، ويجوز عندها للخصوم إذ لم يكن منصفاً في ترك الخصومة تحميله مسؤولية التسبب في تعطيلهما وتبديد الوقت دون طائل وفقاً للقاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»[1]. وحتى

(١) القاعدة التاسعة عشرة من قواعد المجلة (مادة ٢٠) وهي حديث نبوي صحيح رواه =

إذا صدق القاضي أو الحاكم على تنصيب المحكم فإنه يجوز له عزل نفسه إذا طرأ عليه ما يدعوه إلى عدم الاستمرار في خصومة التحكيم.

٢٣٦ ـ وسائل المحكم في التوصل إلى الحقيقة:

للمحكم، مثله مثل القاضي، اللجوء إلى ما يراه مناسباً من وسائل التوصل إلى الحقيقة واستبانة وجه العدل، «فاعتبار حكم المحكم ونفاذه مشروط بأن يجئ موافقاً لأحكام القانون، وأن يبني على الأسباب القانونية من الإقرار والبينة واليمين والنكول عنها كحكم الحاكم، فإذا جاء حكم المحكم على خلاف ذلك فلا عبرة به ولا نفاذ له»[(١)].

٢٣٧ ـ الإجازة اللاحقة كالتولية السابقة:

إذا حكم غير المحكم المولى من الخصوم، فإن الإجازة التالية من الخصوم تجعل حكمه صحيحاً وترتب عليه كل ما يترتب على توليتهم السابقة له لمباشرة التحكيم، سواء فيما يتعلق بلزوم الحكم أم في نفاذه في حقهم.

المطلب الثاني
الحكم وآثاره في مجلة الأحكام العدلية

٢٣٨ ـ تعريف الحكم:

عرفت المجلة الحكم في المادة (١٧٨٦) بأنه «...قطع الحاكم المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين، القسم الأول: هو إلزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام، كقوله حكمت أو أعط الشيء الذي أدعى عليك، ويقال لهذا قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق.

والقسم الثاني: هو منع الحاكم المدعى عليه عن المنازعة بكلام كقوله

= مالك في «الموطأ»، والحاكم في «المستدرك»، والبيهقي في «السنن الكبرى»، انظر «الأحاديث الصحيحة» لناصر الدين الألباني، ج١، ص٤٤٣، الحديث رقم ٢٥٠، وراجع أيضاً شرح العلامة الشيخ أحمد الزرقا «للقواعد الفقهية»، ص١٦٥، ط ١٩٨٩.

(١) منير القاضي، «شرح المجلة»، ص١٩٠.

ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة، ويقال لهذا قضاء الترك».

٢٣٩ ـ نطاق نفاذ الحكم:

وخصت المجلة حكم المحكم بما نصت عليه في المادة (١٨٤٢) من أنه: «حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ إلا في حق الخصمين الذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتهما».

وكذلك ما جاء في نص المادة (١٨٤٨) بأنه «كما أن حكم الحكامِ لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم كذلك حكم المحكمين في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به لازم الإجراء، بناء عليه ليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول الحكم الذي وقع من المحكمين إذا كان موافقاً لأصوله المشروعة».

٢٤٠ ـ تصديق القاضي على حكم المحكم:

نصت المادة (١٨٤٩) على أنه: «إذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه إن كان موافقاً للأصول وإلا نقضه».

فحكم التحكيم هو نهاية المطاف في الخصومة التحكيمية وصدوره سليماً هو الهدف الأول من التحكيم الموصل للهدف الثاني وهو حسم النزاع وإنهائه، ولن يصدر حكم التحكيم سليماً إلا بمراعاة كل ما اشترطت المجلة توافره وإجراءه في الخصومة بالنسبة لجميع أطرافها، سواء بالنسبة للخصوم أم المحكم أم اتفاق الخصوم أم رضا المحكم وطريقته في الوصول إلى حكمه، وما بناه عليه من أسباب وما استخدم من الوسائل. فالتقصير في هذه الأمور ينعكس سلباً على الحكم الصادر عن المحكم وبالتالي على الهدف الذي من أجله انعقدت الولاية استثناء للمحكم وليس للقاضي صاحب الولاية الأصلية.

٢٤١ ـ مضمون حكم التحكيم:

وفي النصوص السابقة نرى أن الحكم التحكيمي شأنه شأن الحكم القضائي له قوته اللصيقة به وهو نوعان كالحكم القضائي أيضاً، ورقابة القاضي عليه محل تساؤل وهذا على التفصيل الآتي:

٢٤٢ ـ شمول سلطة المحكم:

الحكم التحكيمي إما أن يصدر بإلزام أو ترك، وقد يصدر بالأمرين معاً شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي، والحكم التحكيمي قد يصدر ـ بعموم نص المجلة ـ ببعض الإجراءات التمهيدية لحين صدور الحكم النهائي، فقد يأمر للزوجة بنفقة تمهيدية قبل أن يفصل في النزاع نهائياً، وقد يقرر حجزاً أو يلزم بعدم التصرف في المال محل التداعي وغير ذلك من الإجراءات التي تمهد لسلامة تطبيق الحكم النهائي في التحكيم وتنفيذه.

أما صدوره وتنفيذه دون حاجة إلى سلطة أخرى للتصديق عليه فهو أمر لا يمكن استنتاجه من نصوص المجلة.

٢٤٣ ـ حجية الحكم على الخصوم:

الحكم التحكيمي له قوة ذاتية بين الخصوم في خصومة التحكيم، فهو حجة عليهم ونافذ في حقهم، دون حاجة إلى الرجوع إلى أية جهة أخرى، وإلزامه هذا مقيد بصدوره وفقاً للقواعد القانونية وكذلك في الحدود التي حكمه الخصوم فيها.

٢٤٤ ـ دور القضاء في الرقابة على صحة الحكم:

لم تذكر المجلة في نص المادة (١٨٤٩) كيفية عرض الحكم التحكيمي على القاضي أو سببه، والأمر لا يخرج عن أحد احتمالين:

أولهما: اعتبار أن المحكم ليس بيده سلطة في الدوائر التنفيذية فيعرض الحكم على القاضي لوضع ما يسمى اليوم بالصيغة التنفيذية عليه ليصبح قابلاً للنفاذ فعلاً وليس قولاً، ولكن هل يشمل نظر القاضي للحكم التحكيمي كلاً من الشكل والموضوع معاً أم الشكل فقط دون الموضوع؟ الواقع أن المجلة لم تجب على هذا التساؤل ولكن الأرجح أن نظر القاضي يكون في الشكل دون الموضوع في هذه الحالة، وذلك أنه لو نظر في الموضوع لفات الغرض من التحكيم ومن صدور حكم رضي به الخصوم لاحتمال نقض القاضي إياه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن نظره في الموضوع يناقض الهدف من عدم رفع النزاع إليه ابتداء.

ثانيهما: وهو الحالة التي يغلب أن يكون نص المادة (١٨٤٩) قد وضع تحسباً لها، وهي أن يطعن أحد الخصوم في الحكم التحكيمي بعد صدوره بدعوى عدم الصحة أو البطلان... أو ما إلى ذلك، ومن هنا كان حق القاضي المطلق بوصفه صاحب الولاية العامة في النظر شكلاً وموضوعاً في الحكم محل النزاع المعروض أمامه يجيزه إن كان موافقاً للأصول القانونية وإلا نقضه، وفي هذه الحالة لا نعتقد بجواز تصديه للموضوع وإصدار حكم فيه، فالأرجح أن يحكم فقط في صحة الحكم التحكيمي ويترك أمر الخصومة الأصلية بيد أطرافها إن شاءوا عرضوها عليه وإلا فليس له التصدي للفصل فيها. ورغم أن المجلة لم تقرر شكلاً لا لاتفاق التحكيم بجزئيه ـ أي اتفاق الخصوم معاً ثم اتفاقهم مع المحكم ـ ولا شكلاً خاصاً لصدور الحكم التحكيمي، إلا أن رقابة القاضي على الحكم غير ممكنة إلا بصدوره، مكتوباً ومسبباً، وإلا فكيف تتأتى له معرفة مدى موافقته أو مخالفته للأصول الشرعية؟ فلذلك نرى أن هذه الرقابة تستلزم الكتابة في الحكم والتسبيب أيضاً.

٢٤٥ ـ نسبية آثار الحكم التحكيمي:

يثور التساؤل أيضاً حول مدى سريان الحكم في حق غير الخصوم إذا ما شملهم حكم التحكيم أو ذكرهم في أسبابه بإلزام بفعل أو امتناع، وهو فرض تجاهلته المجلة، وأجاب عنه صراحة المذهب الحنفي بأن الحكم التحكيمي له أثر نسبي وليس حجة على الكافة. وبعكس أحكام القضاء. فهو حكم قاضٍ خاص يلزم من ولوه وحدهم دون سواهم. والرأي ـ عندنا ـ أن كل ما سكتت عنه المجلة يرجع في أحكامه إلى المذهب الحنفي، لأنه أصلها، ولأنه مذهب الدولة العثمانية الرسمي.

وقد علق بعض الشراح على مبدأ نسبية آثار حكم المحكم بنفاذه في حق طرفيه دون غيرهما بأنه: «لا وجه على أصولنا لما في مادة (١٨٤٢) حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ إلا في حق الخصمين اللذين حكماه» إلى آخرها، إذ لازم فرضه مجتهداً جامعاً، فحكمه نفوذ حكمه على كل أحد كسائر أحكامه»[1].

---

(١) انظر محمد الحسين آل كاشف الغطاء، «تحرير المجلة»، ص١٧٨ ـ ١٧٩. والمقصود بلفظ =

المطلب الثالث
مبادئ المجلة في شأن التحكيم

٢٤٦ ـ استخلاص مبادئ المجلة في التحكيم:

مما سبق جميعه نجد أن المجلة قد تبنت عدة مبادئ أساسية استمدتها من الفقه الإسلامي وهي تنظم التحكيم نستطيع أن نوجزها فيما يلي:

٢٤٧ ـ التحكيم عقد:

اعتبرته عقداً يقوم على إرادة المتعاقدين وتتوقف على مدى سلامة هذه الإرادة من العيوب صحة العقد ذاته مثله في ذلك مثل سائر العقود التي نظمتها الشريعة الإسلامية. وهو عقد وإن كانت له طبيعة قضائية، فطبيعته في الواقع مزدوجة وهذا معنى ما قرره شراح المجلة، من أن: «التحكيم من العقود التي تدخل تحت التقييد والتخصيص كالولاية والوكالة» وأن: «التحكيم قضاء والقضاء يتقيد بالزمان والمكان...»[1]، والواقع أن الطبيعة المزدوجة لعقد التحكيم في الفقه الإسلامي والمجلة تثبت بأمرين أساسين هما:

أ ـ حرية إرادة المتعاقدين في تنظيمه.

ب ـ تقيد المحكم بواجبات القاضي، ولزوم توافر صفاته فيه.

٢٤٨ ـ حرية المتعاقدين في التحكيم:

حرصت المجلة على تحقيق حرية المتعاقدين في أمور عديدة أهمها:

أ ـ اللجوء إلى التحكيم دون القضاء.

ب ـ تحديد المحكم أو المحكمين.

ج ـ إمكانية تفويضهم المحكمين بالصلح.

= «أصولنا»، في النص الذي نقلناه عنه، أصول المذهب الشيعي الإمامي، فهم يرون أن المحكم يجب أن يكون كالقاضي، مجتهداً. والمجتهد عندهم حكمه ماضٍ على الجميع ما دام قد شملهم به.

(١) محمد سعيد المحاسني، «شرح مجلة الأحكام العدلية»، ص٥٣٤ ـ ٥٣٥.

د ـ تحديد زمن التحكيم ومكانه وقدرتهم على مد وقت نظره.

هـ ـ صحة إجازتهم اللاحقة لحكم المحكم الفضولي.

و ـ حريتهم في عزل المحكم، وقيد شراح المجلة ذلك ـ بحق ـ بصدور الحكم.

ز ـ تفويضهم المحكمين ـ إن تعددوا ـ في الحكم بأغلبية الآراء بدلاً من إجماعهم وتفويضهم في تحكيم غيرهم.

فالمجلة في تشريعها للتحكيم أطلقت إرادة المتعاقدين في أمور كثيرة متأسية في هذا بالفقه الحنفي، الذي أخذت عنه، إذ أطلق فقهاؤه حرية الأطراف في ذات الأمور السابقة.

٢٤٩ ـ رقابة عمل المحكمين:

هدفت المجلة إلى تحقيق عدالة تمكن مراقبتها في خصومة التحكيم، فألزمت المحكمين إن لم يفوضا بالصلح بتطبيق القوانين المعتبرة والرسمية للدولة، بحيث إذا طعن أحد الخصوم في الحكم التحكيمي يمكن للقاضي مراقبة عمل المحكم من خلال القوانين التي بني عليها حكمه.

ومن أجل ذلك منحت المجلة المحكم حق استخدام وسائل القاضي من البينة والشهادة واليمين وغيرها للوصول إلى الحكم المبتغى لحسم الخصومة.

ونحن لا نتفق مع من ذهب إلى أن المجلة اعتبرت للقرار التحكيمي قوة أدنى من قوة الحكم القضائي، وللقاضي أن يلغي القرار التحكيمي إذا كان مخالفاً لقناعاته، بينما هو مجبر على تنفيذ الحكم القضائي الصادر عن قاض آخر سواه[١] فنص المجلة (م/١٨٤٨) صريح في أن قوة الحكم التحكيمي مماثلة لقوة الحكم القضائي تماماً كما أن قناعات القاضي صاحب الولاية

(١) The medjella seams to have adopted the same contractuel consept in which an arbitral award is closer to a compromise than to a judgment, and in which arbitration is closer to conciliation and "amicable composition than to the "justice of state courts'

Abdul Hamid El-Ahdab, Arbitration with the Arab Countries, Second Edition, Kluwer Law International, London, 1999, p:47.

العامة في حسم الخصومات ليست هي معيار نقض الحكم أو تغييره وإنما معيار ذلك هو مدى مطابقته للقانون وصدوره مراعياً لقواعده، فقد نصت المادة (١٨٤٩) على أنه «إذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه إن كان موافقاً للأصول وإلا نقضه».

والأصول المعنية في النص هي النصوص القانونية وليست قناعات القاضي أو اجتهاداته الشخصية، فقد كانت أغلب قوانين الدولة العثمانية عند صدور مجلة الأحكام العدلية عبارة عن تقنينات مثل القانون التجاري الصادر عام ١٨٥٠م، وكذلك التقنين المدني الذي تم بصدور المجلة ذاتها.

والواقع أن شراح المجلة الذين فسروا ذلك بأن قناعات القاضي هي المعيار، إنما تأثروا بموقف المذهب الحنفي الذي يرى بعض فقهائه أنه إذا رفع الحكم التحكيمي الصادر في أمر مجتهد فيه إلى القاضي وكان موافقاً لمذهبه أمضاه وإن لم يوافق مذهبه نقضه لما يوافق مذهبه، والحقيقة أن فقهاء المذهب الحنفي عندما قالوا ذلك اعتبروا حكم التحكيم مثله مثل حكم القاضي لدى غيره من القضاة؛ فعدوه بمنزلة حكم القاضي أمام غيره من القضاة وليس أقل منه. وهؤلاء الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم فمنهم من وافق على هذا ومنهم من رأي عدم نقض مثل هذا الحكم مطلقاً ما لم يخالف أصول الشريعة العامة، وهذا هو ما نرى أن المجلة قد تبنته، خاصة إذا ما نظر إليها في ظل أجواء التحول القانونية التي أفرزتها، والتي انتقلت بها الدولة العثمانية من نظام ترك الحرية للقضاة في الحكم وفق ما يرون أنه المذهب الحنفي، إلى نظام تقييد القضاة بنصوص القوانين الحديثة[١].

هذا ما قننته مجلة الأحكام العدلية في شأن التحكيم والواقع أن المجلة لم تخرج عن المبادئ التي قررها الفقه الإسلامي كثيراً، فما ذهبت إليه هو

(١) ففي ظل أحكام تشريعية مقننة وقضاة لا يحكمون إلا بها ومذهب واحد هو المذهب الرسمي للدولة وقضاء خاص بالتجار والأعمال التجارية الناجمة عن تطبيق القوانين المستوردة من أوروبا، كان من المستحيل نقض حكم المحكم على أساس خلاف مذهبي أو قناعة قاض.

صورة متطورة لما قرره فقهاء المذهب الحنفي ـ مصدر المجلة ـ في الشأن نفسه.

٢٥٠ ـ سكوت المجلة عن المسائل الإجرائية:

تركت المجلة تنظيم جميع الإجراءات الشكلية المرتبطة بالتحكيم ابتداء من كيفية التعاقد إلى كيفية التنفيذ دون نص ينظمها وتبرز في هذا الشأن أمور هي:

١/٢٥٠ ـ أخذت المجلة بموقف المذهب الحنفي المتميز عن غيره من المذاهب، عندما استلزمت توافر صفات القاضي في المحكم ولم تكتف بأهلية الشهادة كما فعلت بعض المذاهب الأخرى.

٢/٢٥٠ ـ من الحرية شبه المطلقة التي قررتها المجلة لطرفي التحكيم والتي سبق بيانها تفصيلاً، خاصة في تقييد حرية المحكم سواء في مد أمد التحكيم أو في تحكيم الغير، وإصدار الحكم بأغلبية الآراء، يظهر رأي الفقهاء الأحناف الذين اعتبروا المحكم، رغم ممارسته مهمة قضائية، وكيلاً عن الخصوم، فهو في تحركه المنظم لشكليات التحكيم مقيد بموافقتهم السابقة أو إجازتهم اللاحقة، وإلا بطل التصرف ومن ثم التحكيم.

٣/٢٥٠ ـ لم تمنح المجلة القاضي الذي يوليه السلطان سلطة نقض الحكم التحكيمي إذا ما خالف مذهبه، وجعلت سلطته في ذلك معلقة على مخالفة الحكم التحكيمي للأصول القانونية العامة والتفصيلية المقننة، وربما قيدت هذه السلطة لأن الدولة العثمانية في ذلك الوقت كانت تتحول إلى النظام القانوني الحديث القائم على القوانين المنظمة المقننة فلن يكون اعتمادها على اجتهادات القاضي الفرد أو آرائه المذهبية، وإنما سيكون اعتمادها على مدى التزامه بالقانون المقنن، وبالتالي لم يعد هناك مجال لمنح القاضي سلطة نقض الحكم التحكيمي المخالف لاجتهاده، وهو ما قال به بعض الفقهاء في جميع المذاهب ومنهم المذهب الحنفي.

٤/٢٥٠ ـ التزمت المجلة بحصر مجال التحكيم في المنازعات المالية فقط دون غيرها، فمعيار المالية هو المحدد لإمكان خضوع المنازعة للتحكيم أو عدمه.

٥/٢٥٠ ـ يعزل المحكم من التحكيم وفقاً لنصوص المجلة لذات الأسباب التي قررها المذهب الحنفي لذلك.

الفصل الرابع

تاريخ التحكيم وتطوره في مفهومه الحديث

٢٥١ ـ بيان وتقسيم:

يتناول هذا الفصل طبيعة التحكيم في مفهومه الحديث وتاريخه وأنواعه وتطوره. وهو ينقسم إلى مبحثين هما:

المبحث الأول في تاريخ التحكيم الحديث وتطوره ومحاولات توحيده وموقف المذاهب الفلسفية المعاصرة منه.

والمبحث الثاني في حقيقة التحكيم وأنواعه وأسباب نجاحه كوسيلة اختيارية لفض المنازعات وطبيعته.

المبحث الأول

تاريخ التحكيم الحديث وتطوره ومحاولات توحيده

ويتضمن مطلبين أولهما في نشأة التحكيم وتطوره، وثانيهما في المحاولات الدولية لتوحيد قواعده.

المطلب الأول
نشأة التحكيم وتطوره

٢٥٢ ـ في البدء كان التحكيم هو الأصل:

كان التحكيم هو الطريق الذي عرفته البشرية قبل غيره لفض ما ينشأ بين الأفراد والجماعات من خصومات بدلاً من اللجوء إلى القوة والقتال لفضها، وبقي الحال كذلك إلى أن نشأت الدولة الحديثة «التي تحتكر عوامل القوة والقدرة على الإلزام بما تقرره، مما أدى إلى أن يحل القضاء الرسمي، الذي ترعاه الدولة وتفرض بالقوة الجبرية تنفيذ أحكامه، محل التحكيم الذي يلجأ الأفراد إليه بإرادتهم وينفذون حكمه باختيارهم»[١].

وفي تراث العرب ومأثورهم كثير من النثر والشعر الذي يثبت هذه الحقيقة[٢]. وكان التحكيم يجري باللجوء لمن هم أهل الثقة في المجتمع، فقد

(١) محمد سليم العوا، «التحكيم في القوانين العربية»، دراسة مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الأول في عمان، ١٩٩٩، ص٣.

(٢) «في القصص العربي القديم أن أرنباً وثعلباً قد احتربا، إذ اختطفت الثعلب من الأرنب ثمرة، فأتيا جحر ضب فحكماه، في حديث عذب جميل حفظ التاريخ منه قول الضب: في بيته يؤتى الحكم، في باقة من الأمثال العربية الرائقة. =

يقوم بمهمة المحكم رئيس القبيلة أو شيخها أو رجل الدين أو وجهاء المنطقة المشهورون بالأمانة وحسن السمعة[١]. فهو أسبق في وجوده ونشأته من قضاء الدولة، ولكنه تطور بتطور الدولة ونظمها القضائية. كما يتطور حتى الآن بتطور التجارة الدولية والعلاقات الدولية والعلاقات الاقتصادية.

٢٥٣ ـ التحكيم في القانون الروماني:

فقد عرف القانون الروماني «التحكيم الاختياري كما نتصوره اليوم وظهرت مصطلحات مثل Reception Compromissium ورغم ذلك لم يكن لقرارات التحكيم في القانون الروماني التقليدي أية سلطة أو قوة تنفيذية، إذ لم يكن قرار التحكيم سوى فكرة أو اقتراح وليس له صفة الحكم وكل ما كان يترتب على عدم التنفيذ هو ملاحقة الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ قرار التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى اشتراط في اتفاق التحكيم»[٢].

= وتمادح عرب الجاهلية بقول شاعرهم:
ومنا حكم يقضي فلا يُنْقَض ما يقضي.
(وهو من شعر ذي الإصبع العدواني بمدح عامر بن الظرب العدواني)
وذم الشاعر العربي الشهير الفرزدق غريمه بقوله:
ما أنت بالحكم ترضىٰ حكومته ولا الأصيل ولا ذي الرأي والجدل».
نقلاً عن: دكتور محمد سليم العوا، «اختيار المحكم وواجباته»، كتاب مؤتمر التحكيم الأول بنقابة المهندسين المصرية، القاهرة ١٩٩١، ص٢٦١.

(١) فقد كتب " Edward Chamberlayne سنة ١٦٨٤ ما نصه: The English have always been more given to peace ableness and industry than other people and rather than go so far as London and be at so great charges with attorneys and Lawyers, they will refer their difference to the Arbitration of there parish priests or the Arbitration of Honest Neighbaurs" Angliae Notitia, 12th Edition, 1984. وقد نقلته عن Arbitration principle and practice, John Parris, Grananda 1983.

والمقصود بعبارة peace ableness and industry هو كون الشعب الإنجليزي يفضل حل منازعاته بالطرق السلمية والتفرغ للعمل المنتج بدلاً من إضاعة الوقت والمال في منازعة قضائية أمام محاكم بعيدة، حيث كانت المحاكم آنئذ في العاصمة فقط.

(٢) انظر: أستاذنا الدكتور أبو زيد رضوان، «الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي»، دار الفكر العربي، ط ١٩٨١.

ففكرة إلزامية حكم التحكيم وتنفيذه جبراً إذا ما امتنع أحد الأطراف عن تنفيذه اختيارياً، فكرة ظهرت مع تطور نظم التحكيم الحديثة شأنها شأن مبادئ أخرى كثيرة مثل استقلالية شرط التحكيم وسيطرة سلطان الإرادة على اتفاق التحكيم وغيرها.

٢٥٤ ـ تشريع التحكيم الحديث ابتكار غربي:

كانت الدول الغربية أول من اتخذت قوانين مستقلة تضبط وتنظم سير التحكيم، ولعل مرجع هذا إلى سبق هذه الدول عامة في التقنين وكذلك إلى التوسع المذهل لتجارتها الخارجية وسيطرتها على أدوات وآليات السوق العالمية؛ مما دعا هذه الدول رعاية لمصالحها ومصالح أصحاب رؤوس الأموال من شركات وأفراد يحملون جنسيتها إلى إحياء التحكيم بقواعده وصورته الحديثة والاعتماد عليه وسيلة، تتميز بالحسم والسرعة، لحل المنازعات التجارية عامة، سواء الداخلي منها أم الخارجي.

وتتطور التشريعات الغربية اليوم بسرعة كبيرة تبعاً لما يفرزه الواقع من منازعات تتخذ صوراً قد لا تكون متخيلة عند وضع التشريع الذي يحكمها أو ينظم الإجراءات فيها، فنجد التشريعات التحكيمية، يساندها قضاء التحكيم، مطالبة بمعالجة تفاصيل دقيقة مما يؤدي بالمشرعين إلى تجديد تشريعات التحكيم بصفة دائمة[1].

٢٥٥ ـ التحكيم يتطور بتطور العلاقات التجارية الدولية:

إن التطور التشريعي في مختلف المجالات ليس إلا وليد التطورات الواقعية التي تعجز التشريعات القائمة عند حدوثها عن توفير الحلول القانونية الملاءمة لها. ولعل هذه الحقيقة تبدو أوضح ما تكون إذا نظر الباحث إلى

---

(١) صدر في إنجلترا وحدها خلال النصف الثاني من هذا القرن خمسة تشريعات تحكيمية وهي على التوالي:

تشريع سنة ١٩٥٠، تشريع سنة ١٩٧٥، تشريع سنة ١٩٧٩، تشريع سنة ١٩٨٨، وأخيراً تشريع سنة ١٩٩٦. وقبل ذلك نظم التحكيم قانون الإجراءات الصادر في سنة ١٨٥٤ وقانون التحكيم الصادر في سنة ١٨٨٩.

تطورات القانون التجاري وما أحدثه المشرعون ـ بل والقضاء ـ فيه من حلول قانونية تناسب تطورات النشاط التجاري لا سيما الدولي منه.

«وهكذا فقد شهد القرنان السابع عشر والثامن عشر، على سبيل المثال تطوراً ملحوظاً للقانون البحري وذلك عقب التطور الذي حصل في نطاق التجارة البحرية، وشهد القرن التاسع عشر ظهور المسؤولية الموضوعية دونما خطأ مقترف وذلك عقب الثورة الصناعية وبروز التحول نحو الآلة، كما يبرز في نهاية القرن العشرين قانون للنقل جديد هو القانون الجوي، وذلك ناتج بالطبع عن ظهور الوسيلة الجديدة للنقل والمشاكل القانونية الناتجة عنها، وينطبق هذا الواقع التطوري على موضوع التحكيم الذي لم يكن بإمكانه أن يقف مكتوف اليدين تجاه التحولات العميقة التي طاولت التجارة الدولية وما رافقها من تطور بالغ الأهمية، وذلك منذ بداية هذا القرن وخاصة منذ الحرب العالمية الثانية. وهكذا فإن التحكيم قد اندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة ليؤمّن للنزاعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها والمتسمة بخاصية السرعة والضمانة والعدالة، وبالتالي فإن الفلسفة التحكيمية والتطبيق التحكيمي قد تعرضا لخضة عنيفة»[١].

ويبدو هذا التطور الحديث المتمثل في التوسع في اللجوء إلى التحكيم وكأنه عود على بدء إلى الأصل الذي بدأت به البشرية في فض منازعاتها.

٢٥٦ ـ التحكيم يصبح أداة رئيسية لفض المنازعات:

لقد تحول النظر إلى التحكيم من اعتباره وسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الدولية في القرن الماضي إلى اعتباره ـ كما هو الآن ـ الوسيلة الأصلح والأكثر قدرة على تفهم احتياجات هذه التجارة. فلم يعد يخلو عقد دولي من شرط التحكيم، وكثرت المؤسسات التي تعمل في مجال التحكيم وتخصصت مكاتب قانونية لا تحصى في العالم العربي وخارجه في ممارسة التحكيم وتقديم المشورة القانونية بشأنه. وتطورت القواعد المطبقة دولياً في

(١) عبد الحميد الأحدب، «موسوعة التحكيم، أحكامه ومصادره»، الجزء الأول، ص٥، دار نوفل للطباعة والنشر، بيروت، سنة ١٩٩٠.

مجال التحكيم في اتجاه توسيع اختصاص هيئات التحكيم وتصحيح شرط التحكيم ولو بطل العقد الذي يتضمنه، وكان ذلك نتيجة للنمو المتوالي للتجارة الدولية[1].

فكلما نمت التجارة الدولية وتعقدت أشكالها وأنماطها وصورها زاد مجال التحكيم رحابة وتجاوزت قواعده القانونية حدوداً قديمة واضعة لنفسها من القواعد والحلول ما يتفق وأوضاع المراحل الجديدة. فالتحكيم في ظل رؤوس أموال يملكها ويتحكم في حركتها أفراد، تختلف قواعده تماماً عنها في إطار حركة المال السريعة عبر وسائل نقل أكثر سرعة وحداثة، فالشركات العملاقة التي مقارها في أوروبا أو أمريكا ومصانعها في آسيا وتبيع إنتاجها لأفريقيا وآسيا وأوروبا، وهي في الغالب شركات متعددة الجنسيات تخضع لقوانين عدة؛ كل ذلك أصبح من خصائص الاقتصاد العالمي الذي تشعب نشاطه بصورة مذهلة وبشكل يصعب معه أن يحيط بطبيعة النزاع الناشئ عنه قاضٍ وطني يتعامل مع النزاعات الصغيرة الداخلية في بلده، بل الواقع أن مثل هذا القاضي والإجراءات التي تتقيد بها المحاكم المحلية الوطنية وما تتبعه منها بوجه خاص في تحقيق الدعاوى وأدلة الخصوم فيها، كل ذلك قد يقف عقبة أمام هذا النشاط العالمي ملحقاً برؤوس الأموال والدول المستفيدة من حركتها السريعة أضراراً بالغة.

هذه الحاجة العالمية المستجدة دفعت بعجلة التحكيم إلى التطور السريع

---

(١) تغير القانون الإنجليزي للتحكيم لتصبح فيه سيطرة المحكمة أقل على مجريات التحكيم، وليصبح القانون أكثر قرباً من قواعد التحكيم التجاري الدولي UNCITRAL وكان من أهم أسباب ذلك ما كشفت عنه الإحصائيات من خسارة مادية جاءت نتيجة مباشرة لتجنب المستثمرين اتخاذ إنجلترا مقراً للتحكيم نظراً لتعقيدات إجراءاته في ظل القانون القديم .Arbitration Act 1950

وانظر في تطور التحكيم مع التطورات العالمية في المجال التجاري مقدمة كتاب الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال والأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال: «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية»، ط ١٩٩٨، ص٥. ومقدمة مؤلف الدكتور سامية راشد، «التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة»، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٣ وما بعدها.

ليصبح التحكيم بمثابة طوق النجاة لهذا النوع من الاقتصاد، بالحرية التي تمنحها قواعده ـ وهي في تطور مستمر ـ لطرفيه منذ نشأة النزاع وحتى حسمه أمام منصة التحكيم.

ولعله لهذا السبب أصبحت القواعد القانونية المنظمة للتحكيم هي الأكثر توحداً على الصعيد الدولي وبين المؤسسات والهيئات الدولية على كثرتها. ومن أهم النتائج التي ترتبت على هذه الظاهرة تزايد استبعاد اختصاص القاضي المحلي في مختلف أنواع العقود واستبدال النص على اختصاص هيئة تحكيم تشكل عند وقوع نزاع للنظر فيه بالنص على اختصاص القضاء المحلي.

ويرجع بزوغ نجم التحكيم التجاري الدولي إلى أواخر القرن الثامن عشر، حيث ظهرت فيه الاتفاقات الثنائية بين الدول متضمنة نصوصاً تقضي بإحالة قضايا بعينها إلى التحكيم، أو بإحالة منازعات مستقبلية إليه.

المطلب الثاني
المحاولات الدولية لتوحيد قواعد التحكيم

٢٥٧ ـ محاولات الوصول إلى قواعد دولية موحدة للتحكيم:

وقد أسفر الواقع العملي عن ظهور مدارس ثلاث للتحكيم في أوروبا وأمريكا وهي المدرسة الفرنسية ثم الإنجليزية ثم الأمريكية. وقد كان لكل منها خصائص ميزتها عن غيرها، ولكن مع تشعب العلاقات التجارية الدولية والعمل الدولي الدائب لتوحيد قوانين التحكيم، وتولى الأمم المتحدة دور القيادة في محاولات التوحيد هذه، اقتربت المدارس الثلاث بعضها من بعض إلى أن ظهر أخيراً القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة المعروف بقواعد الـ UNCITRL. لم يكن هذا القانون النموذجي إفرازاً للحظة أو نبتاً بغير جذور، وإنما كان ثمرة لمحاولات ممتدة متواصلة طوال هذا القرن لتوحيد القواعد المنظمة للتحكيم، لكونه آلية تتزايد حالات اختيارها أو اللجوء إليها من الجميع لحل المنازعات التجارية الدولية.

٢٥٨ ـ برتوكول جنيف ١٩٢٣ ومعاهدة ١٩٢٧:

كانت أولى المحاولات في سبيل توحيد قواعد التحكيم هي صدور برتوكول جنيف عام ١٩٢٣م في ظل عصبة الأمم، وكان أهم ما قرره هو:

١ ـ صلاحية ونفاذ اتفاق التحكيم سواء تعلق بإحالة منازعة حالة إلى التحكيم أم بإحالة منازعات مستقبلية إليه (المادة الأولى من البرتوكول).

٢ ـ إلزام المحاكم التابعة للدولة الموقعة على البرتوكول بإحالة أي نزاع يعرض عليها إلى التحكيم طالما وجد اتفاق بين الأطراف بذلك وتمسك أحدهم بهذا أمام المحكمة.

ثم لحق بهذا البرتوكول وكمل أحكامه، في آن معاً، معاهدة جنيف عام ١٩٢٧ المقررة لنفاذ أحكام التحكيم الأجنبية، وهذه المعاهدة كفلت لأحكام التحكيم الصادرة في أي من الدول الموقعة عليها القوة التنفيذية في بقية الدول إذا ما صدرت مستوفية لشروط حددتها المادتان الأولى والثانية من المعاهدة.

٢٥٩ ـ معاهدة نيويورك ١٩٥٨م:

وقد عطل العمل بمعاهدة جنيف لقيام الحرب العالمية الثانية وما أسفرت عنه من اضطراب دولي كبير. وبعد انتهائها وإنشاء الأمم المتحدة قادت غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce حملة دولية لضمان فاعلية التحكيم والاعتراف به واقعياً وتطبيقياً لكونه وسيلة مستقلة بذاتها لحسم المنازعات، ولتحريره من سلطة المحاكم الوطنية، وأعدت في سبيل ذلك مشروع معاهدة دولية، وعقد مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك لمناقشتها ليسفر عما اشتهر بمعاهدة نيويورك ١٩٥٨م، التي تعتبر أحد الركائز الأساسية المدعمة لاستقلالية التحكيم الدولي.

٢٦٠ ـ اتفاقيات شتى ونموذج لقانون موحد:

تتابعت بعد ذلك الاتفاقيات الدولية المؤكدة لأهمية التحكيم على الصعيد الدولي، وإن اختلفت القوة الفعلية لكلٍ منها، فنجد أن الاتفاقية الأوروبية الموقعة عام ١٩٦١ لا تكاد تطبق وهي موقعة من ١٩ دولة. ثم تلت الاتفاقية الأوروبية اتفاقية موسكو عام ١٩٧٢، ثم القانون النموذجي في ستراسبورج عام

١٩٦٦، ثم معاهدة بنما عام ١٩٧٥ التي تبنت أحكام معاهدة نيويورك ١٩٥٨، ثم أخيراً وتتويجاً لجهود الأمم المتحدة المتواصلة أصدرت على التوالي:

١ ـ قواعد التحكيم الدولي عام ١٩٧٦ .UAR

٢ ـ قواعد التوفيق Conciliation Rules عام١٩٨٠ .UCR

٣ ـ نموذج قانون التحكيم التجاري الدولي .UNCITRAL

ليصبح هذا الأخير نموذجاً قانونياً تصدر الدول على غراره قوانينها الإقليمية(١).

٢٦١ ـ توحيد تشريع التحكيم مطلب القوى الاقتصادية العالمية:

مما سبق نجد أن القوى العالمية كانت وما تزال تدفع عجلة التحكيم دفعاً إلى الأمام نحو توحيد القواعد التي تحكمه، وتوسيع نطاق اللجوء إليه وما كل هذه الجهود، متمثلة في المؤتمرات وتقعيد القواعد والقوانين النموذجية، إلا أيدٍ ضاغطة على دول العالم أجمع لتطبيق مفهوم واحد للتحكيم، هو المفهوم الذي يراه ويطبقه أصحاب القوة الاقتصادية المهيمنة على العالم في الولايات المتحدة وأوروبا واليابان ولا يمكن أن يكون هدف ذلك سوى تحقيق أكبر قدر من الأمن لرأس المال وأصحابه المسيطرين على التجارة الدولية بخلق عالم قانوني مألوف القواعد محدد المعالم، مصنوع على عين هذه القوى، تلجأ إليه بمنازعاتها مهما بعدت أماكن نشوئها ببعد تجارتها فتجد فيه حصناً يحمي مصالحها الخاصة(٢).

---

(١) في تفاصيل هذه التطورات الدولية انظر:

Stuart Macinkzre & Richard Mitchell, Foundation of Arbitration, Oxford Uni. Press 1989.

International Arbitration Past & Prospects, Edited by AHA Soons & Mattius Nithoff 1992.

ومن أهم الدول العربية التي أصدرت قوانين للتحكيم مأخوذة من هذا القانون النموذجي: مصر ١٩٩٤م، واليمن ١٩٩٢م، والبحرين ١٩٩٤م، وهناك مشروع قانون أردني يتوقع صدوره قريباً.

(٢) انظر في تفصيل ذلك:

M.J. Chapman, Commercial& Consumer Arbitration, BlackStone Press.1997. p. 263-301.

Alan Redfren & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition,. Sweet & Maxwell, London 1991, P. 476- 500. =

٢٦٢ ـ التحكيم وفلسفة التشريع:

تعددت مفاهيم التحكيم وتنوعت أهدافه تبعاً لتعدد الفلسفات التشريعية في ذات الحقبة الزمنية. ففي أواسط القرن العشرين وجدت مدرستان سياسيتان تشريعيتان تفهم كل منها التحكيم وتطبقه وفقاً للفلسفة التشريعية الخاصة بها، وهاتان المدرستان هما:

٢٦٣ ـ المدرسة الاشتراكية[١]:

التي كانت الركيزة الأساسية للاقتصاد في دولها هي الإدارات والمشروعات العامة التي سيطرت عليها الدولة، وقد عرفت دول تلك المدرسة ما يسمى بالتحكيم الإجباري، الذي ألزمت الدولة من خلاله هيئاتها المختلفة باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن توظيف المال العام. لأن هذه الدول اعتبرت التحكيم آلية تؤدي وظيفة مزدوجة:

١ ـ عدم تعطيل الخطة الاقتصادية العامة للدولة.

٢ ـ اللجوء إلى الخبرات المناسبة بما يكفل الحفاظ على مصالح الدولة العامة، وهذه الخبرات تحددها الدولة مسبقاً في مشارطة التحكيم. فالتحكيم أيضاً لم يكن حراً من كل قيد في هذه الدول بل هو مقيد باللجوء إلى الهيئات التحكيمية التابعة للدولة والتي تضع لها الدولة قواعدها وتحدد تشكيلها[٢].

= IAN Manceil, American Arbitration Law, Refornation & Nationalization, Oxford Uni. Press 1992, p. 160-162.

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور شمس مرغني، «التحكيم في منازعات المشروع العام»، طبعة عالم الكتب، القاهرة ١٩٨٤.

(٢) لا تزال في مصر بقايا من هذا النوع من التحكيم، فقانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ينص على التحكيم الإجباري بين هذه الهيئات والشركات، في المواد من ٥٦ إلى ٦٩.
والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ إصدار قانون سوق رأس المال ينص على تحكيم إجباري في المنازعات التي تنشأ عنه، في المواد من ٥٢ إلى ٦٢ والمتوقع أن يؤول هذا النوع من التحكيم الإجباري في مصر إلى زوال فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٧/٣ بعدم دستورية التحكيم الإجباري المنصوص عليه في قانون الجمارك (م٥٧ و٥٨) بين مصلحة الجمارك والمستوردين =

٢٦٤ ـ المدرسة الليبرالية الغربية:

وقد جد في بداية تبلور فكرة التحكيم، بمفهومها السائد اليوم، اتجاهان داخل هذه المدرسة، الأول تتزعمه فرنسا وأمريكا، والثاني هو اتجاه إنجلترا؛ والأول نادى بحرية اللجوء إلى التحكيم دون قيد في ذلك، ووسع من حرية المحكم في اتباع ما يراه مناسباً من إجراءات دون التقيد بالقانون الوطني كما وسع من نطاق القوة التي يمنحها للقرارات التحكيمية[١].

والثاني اعتبر اللجوء إلى التحكيم هو الاستثناء وجعله تحت رقابة مشددة من القضاء، رقابة مقيدة، إلى درجة هروب التحكيمات من تحت المظلة الإنجليزية.

ورغم تزامن ظهور هذه المدارس في هذا القرن إلا أنه منذ انهيار الاتحاد السوفيتي والقوانين تترى في العالم متبنية مبدءاً واحداً في شأن التحكيم ألا وهو حرية الإرادة وحرية المتعاقدين كما سوف نرى لاحقاً.

٢٦٥ ـ تعدد مفاهيم التحكيم وأنواعه في المدرسة الواحدة:

في المدرسة الواحدة لم يوجد مفهوم واحد للتحكيم، رغم تعاقب القوانين المنظمة له. تجسد ذلك ـ على سبيل المثال ـ في القوانين الإنجليزية: «فبالرغم من أهمية سؤال: ما هو التحكيم، فإن القوانين الإنجليزية المتعاقبة لتنظيمه منذ عهد وليم الثالث لم يعرف أحدها ما هو التحكيم»[٢]. فالقوانين

= لتعارضه مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم. وما قالته المحكمة عن هذا النص يصح بالنسبة إلى النصوص الأخرى سالفة الذكر، ولذلك يتوقع أن يكون مصيرها كمصيره. (انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ق بتاريخ ٣ يوليو ١٩٩٩، لم ينشر بعد).

(١) للمزيد من التفاصيل انظر:

Jean Robert & Thomas Carbonneau, The French Law of Arbitration, First Edition. 1983

AHA Soons, International Arbitration , Past & Prospects, 1992.

Ina Manceil, American Arbitration Law Reformation& Nationalization, First edition, 1992.

John Parris, Arbitration Principles and Practice, Granada, 1983, p. 1-8.

(٢) دكتور محمود محمد هاشم، «النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية»، طبعة دار الفكر العربي سنة ١٩٩٠، ص٢٠ وما بعدها.

الإنجليزية الصادرة في هذا القرن لم تتمكن من تعريف التحكيم إما للتغير والتطور السريع في طبيعته وإما للازدواجية القضائية التي تخوف منها رجال القضاء الإنجليزي وصناع القانون في اللجوء إليه بديلاً عن محاكم الدولة.

وقد تعددت أنواع التحكيم إما بسبب الفلسفات القانونية مثال ذلك التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري. وإما بسبب نوع المنازعة مثال ذلك التحكيم المدني والتحكيم التجاري وكان معيار التفرقة هو مدى تجارية المعاملة. وإما بسبب الاختصاص وطبيعة المعاملة معا مثال ذلك التحكيم التجاري الدولي والتحكيم التجاري الداخلي. وإما بسبب مدى سلطة المحكمين كالتحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون.

وسوف نأتي على مزيد من ذكر هذه الأنواع وتحديد الفوارق بينها لاحقاً في المبحث التالي.

المبحث الثاني

حقيقة التحكيم وأنواعه وطبيعته

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين أولهما في تعريف التحكيم وأنواعه، والثاني في طبيعته وأسباب نجاحه.

المطلب الأول
تعريف التحكيم وأنواعه

٢٦٦ ـ تعريف التحكيم:

في ضوء ما سبق تعددت تعريفات التحكيم الفقهية والقضائية، فمن ذلك تعريفه بأنه: «اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة المختصة»[١]، وهذا التعريف هو ما ساد في الوسط الفقهي العربي في بداية التسعينيات[٢].

وفي واحد من أحدث الكتب صدروا وأغزرها مادة يقول المؤلفان إنه لما كان «لفظ التحكيم يثير في الذهن أحد معنيين: المعنى الأول هو فعل المتنازعين اللذين يختاران طرفاً محايداً للفصل فيما شجر بينهما من خلاف ويرتضيان مقدماً النزول على حكمه أيّاً كان من يحكم له منهما. والمعنى الثاني هو فعل هذا الطرف المحايد الذي حكمه المتنازعان في نزاعهما، وهو قيامه

---

(١) راجع مؤلف الأستاذة الدكتورة سامية راشد: «التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة»، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤، ص٦٩.

(٢) الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال والأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال، «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية»، الطبعة الأولى ١٩٩٨، ص١٨ ـ ٢٣.

بالحكم في النزاع الذي يطرحانه عليه فمن الأوفق تعريفه كما انتهى إليه البعض بأنه مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم لا معينين من قبل القانون»[1].

وقد عرفه الدكتور عبد الحميد أبو هيف في مؤلف يعود إلى أوائل هذا القرن بأنه: «حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص ويسمى الاتفاق المذكور مشارطة التحكيم وإذا حصل ذلك الاتفاق تبعاً لعقد معين سمي شرط التحكيم»[2].

والواقع أن التعريف الأخير ـ برغم تفصيله، أو بسبب هذا التفصيل ـ هو في نظرنا أكثر شمولاً للتعبير عما هو التحكيم، فقد تضمن:

أولاً: أساس ومصدر مشروعية التحكيم في القانون الوضعي ألا وهو القانون الذي يعطي الحق في التعاقد عليه.

ثانياً: أركان التحكيم الأساسية التي لا ينشأ التحكيم دون توافرها ألا وهي:

- الأطراف.
- الاتفاق.
- المحكمون.
- الحكم.

ولا يوجد أي منها إذ لم يوجد سابقه.

---

(١) دكتور عبد الحميد أبو هيف، «تنفيذ الأحكام»، ط ١٩٢١، ص٩١٩ ـ ٩٣٥.

(٢) انظر:

Harold Crowter, Introduction to Arbitration, London, First Edition, P. 1-4.

ثالثاً: لم يقتصر التعريف السابق في تحديده لوقت نشأة النزاع المحال إلى التحكيم على المنازعات الحالة فقط بل جمع معها المنازعات المستقبلية أيضاً.

رابعاً: تضمن التعريف صورتي الاتفاق على التحكيم وهما المشارطة المستقلة (عقد التحكيم) والشرط الذي يرد في عقد ما (شرط التحكيم).

للأسباب السابقة نختار التعريف السابق ـ على الرغم من قدمه ـ لشموله عناصر التحكيم وطبيعته ووظيفته.

أما التعريف الأحدث ـ تعريف الأستاذين الدكتور الجمال والدكتور عكاشة ـ فهو يعكس الطبيعة الإجرائية لعقد التحكيم، وهو بدأ بهذه الطبيعة الإجرائية وانتهى بالأركان ورتب الأركان ترتيباً عكسياً فجعل الاتفاق قبل الأطراف ثم ذكر المحكمين.

وتعريف الدكتور عبد الحميد أبوهيف لا يزال صحيحاً في ظل المفاهيم القانونية الحديثة فالفقه الإنجليزي يعرف التحكيم بأنه: عقد من خلاله يحيل أطراف عقد معين خلافاتهم الحالة أو المستقبلية إلى فرد أو أفراد مستقلين للحكم فيها وحكم المحكم في النزاع ملزم لأطراف التحكيم وللمحاكم تماماً مثل الحكم القضائي»[١].

٢٦٧ ـ أنواع التحكيم:

على الرغم من أن التحكيم حق قرره القانون لأطراف أي عقد بإحالة منازعاتهم الحالة أو المستقبلية الناشئة عن عقد معين إلى التحكيم فقد تنوعت طبيعة هذا الحق مما أدى إلى نشأة أنواع متعددة للتحكيم على النحو التالي:

٢٦٨ ـ أولاً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

تفرع عن الحق الذي خوَّله القانون للأفراد باللجوء إلى التحكيم حق ثانٍ لهؤلاء الأفراد في تحديد طبيعة نوع التحكيم من خلال تحديد القاعدة القانونية

(١) دكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين، «منصة التحكيم التجاري الدولي»، الجزء الأول ط ١٩٨٦، ص١٢٩ ـ ١٢٨.

التي يتبعها المحكمون، فلهم أن يفوضوا هيئة التحكيم في أن لا تتقيد بقانون معين، وأن تحكم بما تراه عدلاً. وهذا هو التحكيم بالصلح، فلا يتقيد المحكم فيه بقواعد القانون، إلا ما تعلق منها بالنظام العام، وهذا النوع من التحكيم عرفته جميع الأنظمة القانونية سابقاً وما زالت القوانين الحديثة تجيزه.

«والتحكيم بالصلح يختلف عن التوفيق وعن الحكم الصادر برضاء الطرفين، فهذا الأخير حكم صنعه الطرفان وأثبته المحكم، أو اتفاق سحب طلب التحكيم وما قد يقابله من طلبات عارضة، أما التحكيم بالصلح فيصدر فيه حكم هو من صنع المحكم.

أما التوفيق فيختلف عن التحكيم بالصلح في أنه لا يتضمن حلاً ملزماً للنزاع، وإنما يتضمن اقتراحات أو حلولاً قد لا تصادف من الطرفين قبولاً والتوفيق في بعض أنظمة التحكيم ـ كغرفة التجارة الدولية ـ يعتبر إجراءً إدارياً لا قضائياً. بينما التحكيم بالصلح يتضمن حكماً بالمعنى الصحيح ويكون صالحاً للتنفيذ الجبري عن طريق القضاء في الدولة المعنية»[1].

وقد أجاز القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م المنظم للتحكيم في المادة رقم (٣٩) الفقرة الرابعة التحكيم بالصلح حيث جرى نصها على أنه:

«...

٤ ـ يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون».

ويجب إثبات هذا التفويض بالكتابة لأنه جزء من اتفاق التحكيم الذي لا يثبت إلا بالكتابة عملاً بنص المادة (١٢) من القانون نفسه.

وكذلك أيضاً أجاز قانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام ١٩٩٦ Arbitration Act 1996 للأطراف اختيار القانون المناسب لحل منازعتهم بما في

(١) وانظر في انتقاد التحكيم بالصلح: الدكتور عبد الحميد الشواربي، «التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة»، ط ١٩٩٦، ص٤١٩ وص٣٣، منشاة المعارف بالإسكندرية.

ذلك الصلح غير مقيدين إلا بالضمانات المتعلقة بالنظام العام. حيث نصت مادته الأولى في فقرتها الفرعية (b) على أن: «

"section 1- general principles".

(1) the provision of this part are founded on the following principles and shall be construted accordingly-

(a)....

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest.

(2)..."

وقد تأسى القانون المصري والقانون الإنجليزي في تقرير جواز التحكيم بالصلح بالقانون النموذجي للأمم المتحدة وبما قرره في مادته رقم (٣٣) والتي خولت للأطراف حرية اختيار القانون المطبق على النزاع بما في ذلك الصلح.

أما التحكيم بالقانون فيلتزم فيه المحكم بقانون معين لا يخرج عنه إلى سواه سواء أكان هو القانون المتفق عليه بين الأطراف أم كان القانون الذي تخضع له العلاقة بينهما، أم كان ما يراه هو أكثر ملاءمة وانطباقاً على النزاع المعروض أمامه، وهذا النوع هو الأصل في التحكيم ما لم يعبر الطرفان صراحة عن عدولهما عنه إلى غيره[(١)].

ومن أهم ما يترتب على التفرقة بين النوعين السابقين عدم قدرة الأطراف على الطعن في حكم المحكم بالصلح لمخالفته قانوناً معيناً إذ هو أصلاً غير مقيد بقانون في حكمه إلا في حالة مخالفته لقاعدة قانونية أو إهدار ضمانة من ضمانات العدالة، متعلقة بالنظام العام.

٢٦٩ ـ ثانياً: التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري:

الأصل في التحكيم أنه حق يعطيه القانون للأفراد والاستثناء فيه أن

---

(١) راجع: «ولاية القضاء على التحكيم»، دكتور علي سالم إبراهيم، ونحن لا نوافق على ما قرره من أن التحكيم بالصلح نظام قانوني مميز يصدر من خلاله قرار يقدم نفس الحماية التي يقدمها قضاء الدولة ويمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام في القوانين التي تجيز ذلك...» ص١٩.

يتحول من حق إلى فرض، لأن هذا التحول في أصل مشروعية التحكيم يعني أن القانون الذي يفرضه يهدر واحدة من أهم خصائص التحكيم وهي صيغته الاتفاقية وتوقف البدء فيه واستمراره على إرادة أطرافه. لذا لا بد أن يظل التحكيم الإجباري ممارساً في أضيق الحدود(١).

وقد عرف التحكيم الإجباري في ظل النظم ذات التوجه الاشتراكي حفاظاً على المال العام المستثمر في مجال المشروعات العامة بأنواعها، من خلال مؤسسات وهيئات الدولة. ولا يخضع مثل هذا التحكيم لأي رقابة مؤسسية أخرى، سوى رقابة قضاء الدولة المقررة قانوناً في حالات معينة

---

(١) وقد عرفت أغلب التشريعات العربية التحكيم الإلزامي في مسائل الأحوال الشخصية ولكنه تحكيم لا ينتهي بحكم بل بصلح بين الطرفين، ويأمر به قاضي الأحوال الشخصية ويعين المحكمين بناء على اختيار طرفي الخصومة، ثم يقدمان تقريراً إليه يتضمن إتمام الصلح بين الزوجين أو تعذره، وعندئذ يحكم القاضي بما يراه موافقاً للقانون. راجع في شأن القانون المصري نصوص المواد من ٧ إلى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

انظر عبد الحميد الأحدب، «موسوعة التحكيم»، ص٤٤، الجزء الثاني. انظر أيضاً: د. محمود محمد هاشم، «النظرية العامة للتحكيم»، ص٣٥: ٥٢.

وبعض تشريعات الدول العربية تعرف التحكيم الإجباري، على النحو الآتي:

مصر: القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن المنازعات بين شركات القطاع العام، والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في شأن المنازعات الخاصة بسوق رأس المال.

سوريا: ١ ـ عقود وزارة الدفاع قانون (١٥١) سنة ١٩٥٢ مادة (٢٥). ٢ ـ عقود العمل قانون رقم (٩١) سنة ١٩٥٩ المادة رقم (١٨٨).

العراق: نص في القانون رقم ٣٥ الصادر عام ١٩٧٧ الخاص بإصلاح النظام العراقي فيما يتعلق بالإجراءات المدنية أنه لا بد من «إنشاء قضاء خاص، أو هيئات تحكيم للفصل في القضايا التي تنشأ بين الوزارات أو المؤسسات العامة أو القطاع الاشتراكي».

وقد أخذ المشرع العراقي بما أخذ به المشرع المصري بأن أنشأ المحاكم الإدارية للفصل في منازعات الوزارات والهيئات العامة. وبالتالي فلم يطبق القانون العراقي نظام التحكيم الالتزامي.

تختلف من دولة إلى أخرى[١].

٢٧٠ ـ ثالثاً: التحكيم التجاري الداخلي والتحكيم التجاري الدولي:

ثار جدل واسع في الساحة القانونية حول ماهية الحدود الفاصلة بين كلٍ من التحكيمين التجاري الدولي والتجاري الداخلي. وتكمن أهمية التفرقة بينهما في تحديد القانون المطبق على النزاع ثم في كيفية تنفيذ الحكم التحكيمي.

أما فيما عدا ذلك فالتحكيم هو التحكيم بل إن تطور التحكيم الداخلي والدولي قد تزامن وتلازم، فمن الصعب فصل تاريخهما أو الحديث عن أسباب نموهما كلاً على حدة.

وقد حسمت القوانين الدولية ومن بعدها القوانين الوطنية التي حذت حذوها هذه المسألة، حيث:

١ ـ قررت قواعد الأمم المتحدة للتحكيم UNCITRAL الصادر عام ١٩٨٥ في مادتها الأولى الفقرة الثالثة أن:

Article 1.

"(1)...

(2)...

(3) An arbitration is international if

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different states, or

(b) one of the following places is situated outside the state in which the parties have their places of business- (I) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, The Arbitration agreement; (II) any Place where a substantial Part of The Obligation of the commercial relationship is to be Performed or the Place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the Parties have expressly agreed that the subject-matter of the Arbitration agreement relates to more than one country.

(١) انظر في التحكيم الإجباري في مصر، الدكتور أحمد أبو الوفا، «التحكيم الاختياري والإجباري»، ط الخامسة سنة ١٩٨٧م، ص٣٣١ ـ ٣٩٦.

٢ ـ كذلك عرف قانون التحكيم الإنجليزي الصادر عام ١٩٩٦ التحكيم الداخلي في مادته رقم (٨٥) الفقرة الثانية بأنه:

"a) for this purpose a domestic arbitration agreement means an arbitration agreement to which none of the parties is-

(a) an individual who is a national of, or habitually resident in, a state other than the United Kingdom, or

(b) a body corporate which is incorporated in or whose center control and management is exercised in, a state other than the United Kingdom and under which the seat of the arbitration (if the seat has been designated or determined) is in the United Kingdom.

٣ ـ عرف قانون التحكيم المصري (الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤) التحكيم الدولي في مادته الثالثة بأنه:

«يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

(أ) ـ مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب)ـ مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

(ج) ـ المكان الأكثر ارتباطاً بموضع النزاع».

وهكذا تطلب المشرع المصري «الدولية التحكيم شرطاً واحداً هو أن يكون موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وهو ما يتحقق إذا ما توافر واحد من الضوابط التي عددها النص. فكأن المشرع قد اكتفى بتحقيق أي من هذه الضوابط ووجد فيها الكفاية، بحسبان أن أياً منها يرشد بصورة يقينية إلى دولية موضوع المنازعة، بعبارة أخرى، يفترض بصورة قطعية أن موضوع المنازعة له صفة الدولية متى تحققت إحدى الحالات التي أحصاها المشرع في المادة الثالثة.

وقد يسند هذا الفهم ويزكيه أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسيترال) ١٩٨٥، الذي تأثر به القانون الجديد، قد اعتمد هذا المنهج، فالمادة الأولى من هذا القانون النموذجي عددت حالات ثلاث يعتبر فيها التحكيم دولياً، هي بذاتها الحالات الثلاث الأولى من نص المادة الثالثة محل الدراسة، ومن غير أن تتطلب أن يكون موضوع النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية، وبمعنى آخر فالاتفاقية ترصد ضوابط هي بذاتها تكشف عن دولية موضوع المنازعة»[١].

٢٧١ ـ التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر Adhoc :

لا يمكن أن ننهي الحديث عن أنواع التحكيم دون الحديث عن التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر Adhoc وقد صنفا باعتبارهما من أنواع التحكيم، وهذا اتجاه لا نتفق معه، فإنما هما منهاجان إجرائيان لممارسة التحكيم[٢].

---

(١) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة محمد عبد العال، «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية»، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٨م، ص٧٥ ـ ٧٦ وانظر: مقالة الدكتور محمد سمير الشرقاوي، «مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد»، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو ١٩٩٩، ص١٨.

(٢) الدكتور عبد الحميد الأحدب في موسوعته للتحكيم يطلق عليهما التحكيم النظامي وتحكيم الحالات الخاصة.

وأستاذنا الدكتور محمود هاشم ﷺ يطلق عليهما التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر.

والأستاذ الدكتور مصطفى الجمال في المرجع السابق يطلق عليهما التحكيم الحر والتحكيم النظامي.

=

فالتحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي يحال إلى هيئة أو مركز تحكيمي لتنظيمه. ويكون ذلك بالنص في العقد على أن التحكيم يتم بناء على قواعد المركز المعين، أو بإحالته إلى هذا المركز.

وإحالة التحكيم إلى مؤسسات خاصة لتنظيمه يحمي مصالح أطرافه من عدة جوانب هي:

- هذه المراكز على قدر مرتفع من الاحتراف المهني القانوني والتخصص العالي الذي يسمح بأقل نسبة خطأ، بما يضمن للأطراف سلامة سير التحكيم.
- لهذه المراكز إجراءاتها الخاصة التي يتبعها أي تحكيم يحال إليها، إلا لو اختار الأطراف اتباع قانون إجرائي خاص، فمثلاً تبني مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة (UNCITRAL).
- لكل مركز قوائم المحكمين الخاصة به يختار منها كل طرف محكمه، إلا لو اتفقا على غير ذلك. كما يختار المركز - عادة - المحكم المرجح إذا لم يتفق المحكمان المعينان عليه.
- يوفر المركز للأطراف (ولهيئة التحكيم ذاتها) خدمات إدارية متعددة من ترجمة ونسخ وتوفير مقر للتحكيم.

هذه الأسباب وغيرها تدعو كثيراً من أطراف التحكيم إلى إحالة منازعاتهم التحكيمية إلى مثل هذه المراكز ليقع عبء تنظيم التحكيم على غيرهم ممن هم أقدر على ذلك. وقد نشأت هذه المراكز ونمت نمواً كبيراً في القرن العشرين

= ونحن نفضل التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي لأنهما أكثر تعبيراً عن طبيعة كل منهما فالأول تحكيم حر لأن الأطراف غير مقيدين في إجراءاته إلا بما يختارونه بأنفسهم، والثاني مؤسسي لأن مؤسسة معينة هي التي تشرف عليه ويخضع لإجراءاتها ويختار المحكمون حسب الأصل من قوائمها ويكون لاتباع القواعد المقررة أمامها أثره على حكم المحكمين والإجراءات المتبعة في أثناء نظر الدعوى ومصروفات التحكيم وأتعابه...إلخ.

بل إن بعضها وضع لنفسه قواعد خاصة تبنتها مراكز أخرى أسوة بها[١].

أما التحكيم الحر فهو ذلك التحكيم الذي يضطلع أطرافه بتنظيمه منذ البداية إلى النهاية «دون اللجوء إلى خدمات أي مركز تحكيمي دائم وبالتالي فإنه نوع من التحكيم يبدأ بالإرادتين اللتين التقتا على اختيار التحكيم في أول الطريق، ولكنهما تحتاجان البقاء مستمرتين على خيارهما، لأن هذا التحكيم يحتاج إلى وضعه موضع التنفيذ، وعبء هذا التنفيذ وتنظيمه هو مسؤولية طرفي النزاع اللذين يجب أن يسمى كل منهما محكماً إذا كانا قد اتفقا على ذلك وأن يختار المحكمان المعينان المحكم الثالث المرجح إذا كانت هذه هي الصيغة التي اختارها الطرفان مباشرة. وقد يكون المحكم فرداً يتفق الطرفان معاً على تعيينه. وبعد ذلك يأتي تعيين الإجراءات التي سيسلكها التحكيم. من هنا فإن هذا التحكيم ليس فعل لقاء إرداتين بل هو فعل استمرار لقاء هاتين الإرادتين وبقاء اتفاقهما على التحكيم مستمراً إلى حين تشكيل المحكمة التحكيمية وتحديد نظام التحكيم وإجراءاته»[٢].

٢٧٢ ـ ازدهار التحكيم المؤسسي في العالم العربي:

وقد زاد الإقبال على تنظيم التحكيم مؤسسياً في العالم العربي نتيجة لأسباب أهمها:

١ ـ للتحكيم تاريخ سيئ مع العالم العربي فبداية لم يكن الفقه مرحباً به كوسيلة بديلة عن القضاء في حسم النزاع وفي ذلك يقول الأستاذ محمد العشماوي: «وبرغم أن المشرع قد أجاز الالتجاء إلى التحكيم فإن ذلك لا يمنع من القول بأنه نظام خطر فيه نوع من الانحراف عن الصراط المستقيم وفيه

(١) مثال ذلك قواعد الـ AAA جمعية التحكيم الأمريكية. وقواعد الـ ICC غرفة التجارة الدولية بباريس.

وانظر في تفاصيل أثر القواعد الدولية والاختلاف بين القواعد المقررة في المراكز المختلفة:

Mark Huleah & James and Nicholas Gould, International Commercial Arbitration, LLP, A Hand Book, Second Edition 1999.

(٢) د. عبد الحميد الأحدب، «موسوعة التحكيم»، ص٤٢ ـ ٤٥.

من المضار ما قد يغلب على ما يحققه من المصلحة»[1].

٢ ـ استخدم المستعمر التحكيم لامتصاص خيرات البلاد العربية المحتلة، بما يضمن به تحقق مصالحه ولو على حساب العدالة ومصالح هذه الدول، مثال ذلك التحكيم في الجزائر فقد أبرمت لاستخراج وتكرير البترول في أراضيها عقدان وكان فيهما شرط تحكيم يحيل المنازعات الناشئة عنها إلى مجلس الدولة الفرنسي، وبعد الجلاء ظن شعب الجزائر أن الاختصاص ينتقل إلى المحكمة الجزائرية العليا، ولم يحدث هذا لأن الشرط في العقود كان يحصر الاختصاص في مجلس الدولة الفرنسي، فكان أن استمر الوضع على هذا المنوال، مما عده الشعب الجزائري انتهاكاً صريحاً لحقوقه واستغلالاً سافراً[2].

٣ ـ بعد استقلال الدول العربية توسعت في علاقاتها التجارية مع غيرها، وساهم في ذلك حاجة البلاد العربية إلى التكنولوجيا المتقدمة لاستغلال ثرواتها الطبيعية فكانت التعاقدات ضرورية مع الشركات الأجنبية وتضمنت أغلب العقود شروط تحكيم تحيل الخلافات الناجمة عن هذه العقود إلى التحكيم. ومع إعمال هذه النصوص ومباشرة التحكيم لحل المنازعات الناجمة عن العقود وصدور الأحكام ضد الدول العربية برغم وضوح حقها، سقطت مصداقية هذه الهيئات بل والقوانين التي اعتمدت عليها مثال ذلك حكم أرامكو في المملكة العربية السعودية وحكم التحكيم الخاص بإمارة أبو ظبي[3].

---

(١) محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي، «قواعد المرافعات»؛ طبعة ١٩٥٧، ص٢٩٠، وانظر لمزيد من التفاصيل عن رأي اللجنة واضعة قانون المرافعات ص٢٩٠ إلى ص٢٩٣ من المؤلف نفسه.

(٢) Abdul Hamid El- Ahdeb, Arbitration with the Arab Countries, p. 77 -81, Kluwer Law international. Second Edition 1999.

(٣) انظر: د. عبد الحميد الأحدب «موسوعة التحكيم» ص٥٥٨ وما بعدها لتفاصيل خصومة شركة أرامكو مع الحكومة السعودية. وقد أدى الوضع الذي انتهت إليه هذه المنازعات التحكيمية إلى أن يذهب أحد كبار أساتذة المرافعات إلى ضرورة إلغاء شرط التحكيم خارج البلاد العربية، انظر أحمد أبو الوفا، «التحكيم في البلاد العربية»، ص٩١ وبحثه بعنوان «التحكيم في عقود البترول العربية» المقدم إلى مؤتمر البترول العربي الرابع، بيروت، ٥ ـ ١٢/١١/١٩٦٣م. =

ومنعت الحكومة السعودية لفترة ورود شرط التحكيم في منازعات الحكومة وأجهزتها مع الشركات الأجنبية، وكذلك فعلت ليبيا عام ١٩٧١, غير أنه ظل التعقد الذي شاب التجارة الدولية وتشعب مصالح الدول العربية مع الدول الأجنبية، كان لا بد لها من الوصول إلى صيغ تمكنها من مواصلة علاقاتها التجارية والاقتصادية مع غيرها وفي ذات الوقت ضمان عدم ضياع حقها.

وكان أحد ملاذات الدول العربية هو مراكز التحكيم التي نشأت فيها وعلى رأسها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، فسابقاً عند إحالة العقود واتفاقات التحكيم لمراكز خارج الوطن العربي لم يكن الطرف العربي لا على معرفة بالمحكمين الذين يختار منهم ولا بقواعد هذا المركز مما كان يعطي كامل الهيمنة للطرف الأجنبي. وفي الوقت نفسه حققت نشأة هذه المراكز نوعاً من الشعور بالألفة والأمن للطرف الأجنبي خاصة في ظل تطور القوانين العربية المنظمة للتحكيم، وتبني هذه المراكز للقواعد الدولية، فبعد أن ظل ينظر إلى القوانين العربية باعتبارها غير عادلة أو بربرية، وجدت الأطراف الأجنبية نفسها على علم بما سوف تخضع له المنازعة من قواعد. يؤكد ذلك أن جميع القضايا التي رفعت إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي منذ عام ١٩٨٤م إلى عام ١٩٩٧م والتي بلغ عددها ١٠٥ قضية تضمنت طرفاً أجنبياً، ثم زادت القضايا المرفوعة من أطراف داخلية فقط منذ عام ١٩٩٧ بنسبة ٥٠٪ مما يعني أن الأطراف الأجنبية وتلك العربية تجد أن من المناسب لها تنظيم منازعتها من خلال المراكز الإقليمية.

ويؤكد الشعور بالحاجة العملية إلى هذه المراكز المتخصصة زيادة عدد المراكز الإقليمية في الوطن العربي في الآونة الأخيرة، وأشهر هذه المراكز[1].

= وانظر أيضاً: الدكتور محمد أبو العينين، «أوضاع مؤسسات التحكيم العربية ودورها المرتقب في مواجهة المخاطر المتنامية لآليات التحكيم»، بحث قدم في مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في جامعة الدول العربية من ٢٣ ـ ٢٥/١١ سنة ١٩٩٦.

(١) انظر في دور المراكز العربية للتحكيم بحث العميد عبد الحميد القاسم، «مجلة التحكيم العربي»، العدد الأول، مايو ١٩٩٩، ص١٢٩ ـ ١٣٦.

- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.
- مركز الرباط للتحكيم التجاري الدولي.
- المركز اليمني للتوفيق والتحكيم.
- مركز البحرين للتحكيم.
- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

المطلب الثاني
طبيعة التحكيم وأسباب نجاحه

٢٧٣ ـ طبيعة التحكيم:

الخلاف قديم في الفقه العربي والدولي حول طبيعة التحكيم. وأكثر ما يعني البحث في هذا الموضوع هو التعرف على حقيقة التحكيم:

هل هو عقد بين طرفين، أم هو عمل قضائي بحت؟[١]

وقد انتهى هذا الخلاف إلى الإجماع على اعتبار الاتفاق على التحكيم عقداً يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لإرادتهما وسلطان هذه الإرادة[٢].

ومع ذلك الاتفاق فإن طبيعة هذا العقد «اتفاق التحكيم» لم تحسم حسماً نهائياً بعد، فهناك رأيان يتوزعان الفقه في هذا الشأن أحدهما يذهب إلى أن الاتفاق على التحكيم عقد له طبيعة إجرائية عامة، وثانيهما يذهب إلى أن الاتفاق على التحكيم عقد من عقود القانون الخاص يخضع لما تخضع له سائر عقوده من قواعد[٣].

---

(١) الدكتورة سامية راشد، «التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة»، ص٦٩، والدكتور محمود هاشم، «النظرية العامة للتحكيم»، ص٨٨.

(٢) دكتور فتحي والي، «الوسيط في قانون القضاء المدني»، ط ١٩٨٧م، ص٩٠٠، ودكتور محمود هاشم، المرجع السابق، ودكتور مختار بريري، «التحكيم التجاري الدولي»، ط دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص٥ ـ ٨، ودكتور مصطفى الجمال ودكتور عكاشة عبد العال، «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية»، ص٢٢ حيث يصفان التحكيم بأنه «مسار اتفاقي خاص» والمسار الاتفاقي الخاص ليس إلا عقداً بين طرفين.

(٣) دكتور فتحي والي، والدكتور محمود هاشم في المصدرين السابقين.

٢٧٤ ـ الرأي القائل بأن اتفاق التحكيم عقد ذو طبيعة إجرائية عامة:

يذهب إلى هذا الرأي جانب من الفقه الإيطالي. وأصحاب هذا الرأي «مع تسليمهم باعتباره عقداً يرون أنه عقد ليس له الطبيعة الخاصة وإنما له طبيعة إجرائية عامة. ويستند هذا الرأي إلى أن عقد التحكيم يؤثر في الخصومة إذ هو يمنع من عرض النزاع على القاضي، ويخول المدعى عليه دفعاً هو الدفع بوجود اتفاق على التحكيم. هذا فضلاً عن أن هذا الاتفاق ينظم خصومة التحكيم في كثير من النواحي التي ترك القانون للأفراد حرية تنظيمها»[١].

وهو عقد يخول المحكمين أو المحكم ـ وهم أفراد عاديون ـ سلطة الجلوس للقضاء بين أطراف خصومة التحكيم وحسمها بحكم يقوم بديلاً عن حكم القضاء[٢].

٢٧٥ ـ لماذا يفضل الخصوم الالتجاء إلى التحكيم[٣]:

برز التحكيم ـ كما أسلفنا ـ باعتباره سبيلاً داخلياً ودولياً لحل المنازعات بديلاً عن القضاء ـ في كثير من الأحيان ـ نتيجة لتطور العلاقات التجارية المختلفة وتشابكها. ولكن ليس هذا فقط ما وهبه هذا النهوض وهذا التنظيم الذي تنشطه وتدفع به معاهد القانون والمؤسسات المختلفة في العالم، فقد أدت إلى ذلك أسباب أخرى أهمها:

١ ـ الرغبة المشتركة من أطراف العلاقات التجارية في استمرارها بينهم، دون الدخول فيما يسببه اللجوء إلى القضاء من جفوة ولدد في الخصومة.

ففي ظل تشابك المصالح أصبحت المؤسسات لا تمانع في مواصلة

---

(١) الدكتور فتحي والي، المصدر السابق، ص٩٠٠.

(٢) الدكتور محمود هاشم، المصدر السابق، ص٨٨ ـ ٨٩.

(٣) انظر في تفصيل ذلك:

Alan Redfren, Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, London , Sweet Maxwell 1991, P. 22-26 & p. 248- 255.

وأيضاً:

John Parris, Arbitration principle & Practice.

علاقات تجارية مع مؤسسات أخرى تاركة خلف ظهورها تحكيماً يحاول كل منهم الخروج منه فائزاً، لكن هذا لا يمنعهم من مواصلة معاملتهم التي تعود في النهاية على كليهما بالفائدة الجمة.

٢ ـ يمكن للأطراف تجنب الوقت المهدر في أروقة المحاكم سواء لتعقد إجراءات التقاضي، أم لتعدد مراحله ودرجاته، أم لكثرة المنازعات أمامه، مما يعطل نظر الدعاوى بسرعة مناسبة، يمكن توفير هذا الوقت لأمر أكثر أهمية من نزاع لا يدرك مداه ولا يمكن التنبؤ بنهايته، فيملك الأطراف في التحكيم تحديد الفترة الزمنية التي يجب على المحكمين إصدار حكمهم خلالها، فالأصل أن تحديد مدة نظر النزاع مرده لهما فقط دون غيرهما، فالنزاع التحكيمي يفصل فيه دون أن يهدرا وقتهما رغماً عنهما وإلى ما يظنانه بلا نهاية أمام المحاكم العادية.

٣ ـ الكسب المالي هو هدف التجارة الأول والأخير والتحكيم يوفر هذا بالنسبة لجميع أطرافه، وسابقاً اعتبر الفقه اللجوء إلى التحكيم موفراً للنفقات نتيجة لطول أمد التقاضي وما يتكلفه استمرارها من نفقات ثم ما يقضي به من رسوم لقضاء الدولة وما يستغرقه وقت المنازعة في سدادها أو المطالبة بتخفيضها، ولا يزال هذا صحيحاً على الرغم من أن بعض قضايا التحكيم يكلف أطرافه مبالغ طائلة فإن مقارنتها بتكلفة قضايا الدولة لا سيما في أوروبا والولايات المتحدة لا تزال ترجح كفة التحكيم من هذا الجانب. وفضلاً عن ذلك فإن التحكيم باعتباره وسيلة غير عدائية للمطالبة بالحقوق يحفظ طبيعة العلاقة بين الأطراف، بما يسمح ـ كما سلف بيانه ـ بتجدد التعامل بينهم فتستمر العلاقات التجارية ويستمر معها تدفق المال أيضاً.

٤ ـ لا توفر علنية الجلسات في المحاكم الوطنية الحفاظ على سرية النزاع، فالمنافسة ضارية مع تطور الآلة الصناعية والتكنولوجية المذهل للحصول على أسرارها، وما يوفره التحكيم من سرية الجلسات يضمن الحفاظ على هذه الأسرار بما يحقق لأطراف التحكيم مكسباً وإن لم يكن حالاً ولا ملموساً[١].

(١) يدعم هذا ما يراه البعض من أن أسباب تفضيل الشركات اليوم لنظام ADR عن غيره هي: =

ولذلك نصت المادة (٤٤) من قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه: «لا يجوز نشر الحكم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم».

في التمهيد لهذا البحث قلنا إن تعقد آليات التجارة وأشكالها جعلت من القضاء الداخلي للدول بمثابة عقبة أمام تطور علاقاتها ومصالحها فكان على هذه التجارة ومن يحركها ويتحكم فيها وهم أصحاب رؤوس الأموال إيجاد آلية للفصل في المنازعات، آلية تفهم طبيعتها ـ ولا نقول لتحقيق العدالة ـ سواء باختيار الخبرة العلمية أو التكنولوجية المناسبة التي يمكنها فهم دقائق النزاع وتفاصيله وقد وجدت التجارة بغيتها هذه في التحكيم بما يجنبها الخبرة القضائية بطول مدتها أو عدم مناسبة طبيعتها في أحيان كثيرة لموضوع النزاع[1].

٢٧٦ ـ الرأي القائل بأن اتفاق التحكيم عقد من عقود القانون الخاص:

الرأي السائد في فقه المرافعات أن اتفاق التحكيم ليس إلا عقداً من عقود القانون الخاص، وأنه لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية لأنه يبرم قبل بدء الخصومة، فلا يمكن اعتباره عنصراً من عناصرها[2] ويقوم هذا الرأي على تعريف أصحابه للعمل الإجرائي بأنه «العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الخصومة»[3] ويرتبون على ذلك كون اتفاق التحكيم لا يخضع للشروط التي ينظمها القانون للأعمال الإجرائية، وبصفة

= ١ ـ التكلفة العالية للتحكيم.

٢ ـ التأخر في إصدار الحكم التحكيمي وحسم المنازعات بالسرعة المرجوة من الأطراف المعنية. انظر في نظام ADR ومميزاته:

Alexander Bevan, Alternative Dispute Resolution, Sweet & Maxwell, London 1992.

(١) انظر في ذلك:

Ronald Bernsteien & Others, Hand Book of Arbitration practice, Sweet & Maxwell, London, third Edition 1998 in Conjunction with the Chartered Institute of Arbitration p. 598-600.

(٢) الدكتور فتحي والي، «الوسيط في قانون القضاء المدني».

(٣) الدكتور فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٨١. وقد أورد في حاشية الصفحة نفسها تعريفات أخرى للعمل الإجرائي.

خاصة لا يخضع لنظرية البطلان الإجرائية وإنما يخضع للبطلان الذي ينظمه القانون المدني[1].

٢٧٧ ـ رأينا في طبيعة عقد التحكيم:

أسلفنا أن اللجوء إلى التحكيم حق يخوله القانون للأفراد، وينظم أحكامه ويرتب على البدء فيه آثاراً قانونية متعددة، تتصل بخصومة التحكيم وبما يتم فيها من إجراءات، وبما تنتهي إليه من حكم قابل للتنفيذ جبراً.

وهذا العقد في نظرنا له طبيعة مختلطة، أو هو عقد متعدد الجوانب. فهو من حيث كونه مظهراً لسلطان إرادة المتعاقدين عقد تنطبق عليه القواعد العامة في العقود، وهي القواعد المنصوص عليها في القانون المدني، وأهمها ما تعلق بصحته أو بطلانه وتحديد أركانه وشروطه والجزاء الذي يترتب على تخلف بعضها.

وهو من حيث كونه متعلقاً بخصومة التحكيم، ومنظماً لإجراءاتها، وما يتيحه للأطراف فيه من اتفاق على كثير من مسائل الخصومة مثل القانون الواجب التطبيق، والمدة التي يتم خلالها الفصل في النزاع، واللغة التي تتم بها الإجراءات، والمكان الذي يتخذ مقراً للتحكيم، ونطاق الخصومة أمام المحكمين، وحق الأطراف في إيقاف الإجراءات أو إنهائها باتفاقهم في أي وقت، وانتهاء هذه الإجراءات بحكم قضائي ينفذ جبراً عن طريق سلطات الدولة المختصة بتنفيذ الأحكام، يعتبر عقداً إجرائياً مكن المشرع الأطراف ـ بإباحته اللجوء إليه ـ من اختيار القواعد التي تحكم خصومتهم وإجراءاتها ولو خالفت القواعد العامة المنظمة للخصومة في قانون المرافعات.

وفي الوقت نفسه لا تنتفي عن التحكيم طبيعته التعاقدية بمجرد بدء إجراءات الخصومة أمام هيئة التحكيم وإنما تظل هذه الطبيعة لصيقة به حتى ينتهي التحكيم. فالوصف الصحيح للتحكيم واتفاقه، إذن، أنه ذو طبيعة مركبة فهو عمل إرادي يستهدف حسم منازعة بين الأطراف عن طريق «قضاء خاص»

---

(١) دكتور فتحي والي، «الوسيط»، ص٩٠٠، و«نظرية البطلان»، ص٨٠.

يستمد أساسه من اتفاق الأطراف الذي يتيحه لهم تنظيم القانون نفسه للتحكيم[1].

وقد وصف هذه الطبيعة المركبة، وصفاً دقيقاً، المرحوم الأستاذ الدكتور محسن شفيق حيث قال: «التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم. وينبغي مراعاة اختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق. هذا النظر الذي يجعل التحكيم نظاماً متميزاً قائماً بذاته autonome هو الأسلوب العلمي الصحيح لمعالجة الموضوع، وهو الذي يتبعه الفقه الحديث»[2].

وربما صح القول بأن الطابع القضائي هو الذي كان يغلب على التحكيم[3] في ظل تنظيمه ضمن مدونات قانون المرافعات المتوالية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م[4]. أما في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م فإن الطبيعة التعاقدية هي التي تسيطر على التحكيم عند إبرام اتفاقه ثم تزدوج الطبيعتان القضائية والتعاقدية معاً، ويتسم بالصفة الإجرائية على نحو ما أسلفنا.

٢٧٨ ـ الخلاصة:

والخلاصة أن الاتفاق على التحكيم هو أحد العقود غير المسماة، التي تنظم في الجانب الأكبر منها مسألة إجرائية وهي سير التحكيم، فهو عقد يغلب عليه الطابع الإجرائي، فأغلب ما يتضمنه من تعبير عن إرادة الأطراف له علاقته المباشرة بإجراءات فض الخصومة بينهما، بما في ذلك تعيين المحكمين واختيار القانون المطبق على النزاع وتحديد مدة الفصل فيه وتعيين لغة المرافعة أمام هيئة التحكيم ومكان انعقادها.

---

(١) دكتورة سامية راشد، المصدر السابق ص٧٠.

(٢) الدكتور محسن شفيق، «التحكيم التجاري الدولي»، دروس لقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة، (على الآلة الكاتبة) ١٩٧٣ ـ ١٩٧٤، ص٧٣.

(٣) الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا، «التحكيم في البلاد العربية»، ص١٨ ـ ٢٠.

(٤) كان آخر تنظيم للتحكيم في قانون المرافعات هو نصوص المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات الحالي الصادر بالقانون رقم١٣ لسنة ١٩٦٨ التي ألغيت بصدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

والطبيعة التعاقدية للتحكيم تغلب على ما سواها في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية كما سبق أن رأينا[1].

وبالرغم من اعتبار التحكيم «قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية»[2] والداخلية على حد سواء فإن هذا لا يبعد به عن طبيعته التعاقدية التي أصبحت محل اتفاق بين معظم القوانين الحديثة[3].

بعد هذا التمهيد لماهية التحكيم على الساحة القانونية العربية والعالمية ننتقل لموضوع المبحث الثاني من هذا الفصل وهو التحكيم في مجلة الأحكام العدلية والقوانين الحديثة.

---

(١) انظر: دكتور علي بركات، «خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن»، ط ١٩٩٦ ص٢١ ـ ٤٠.

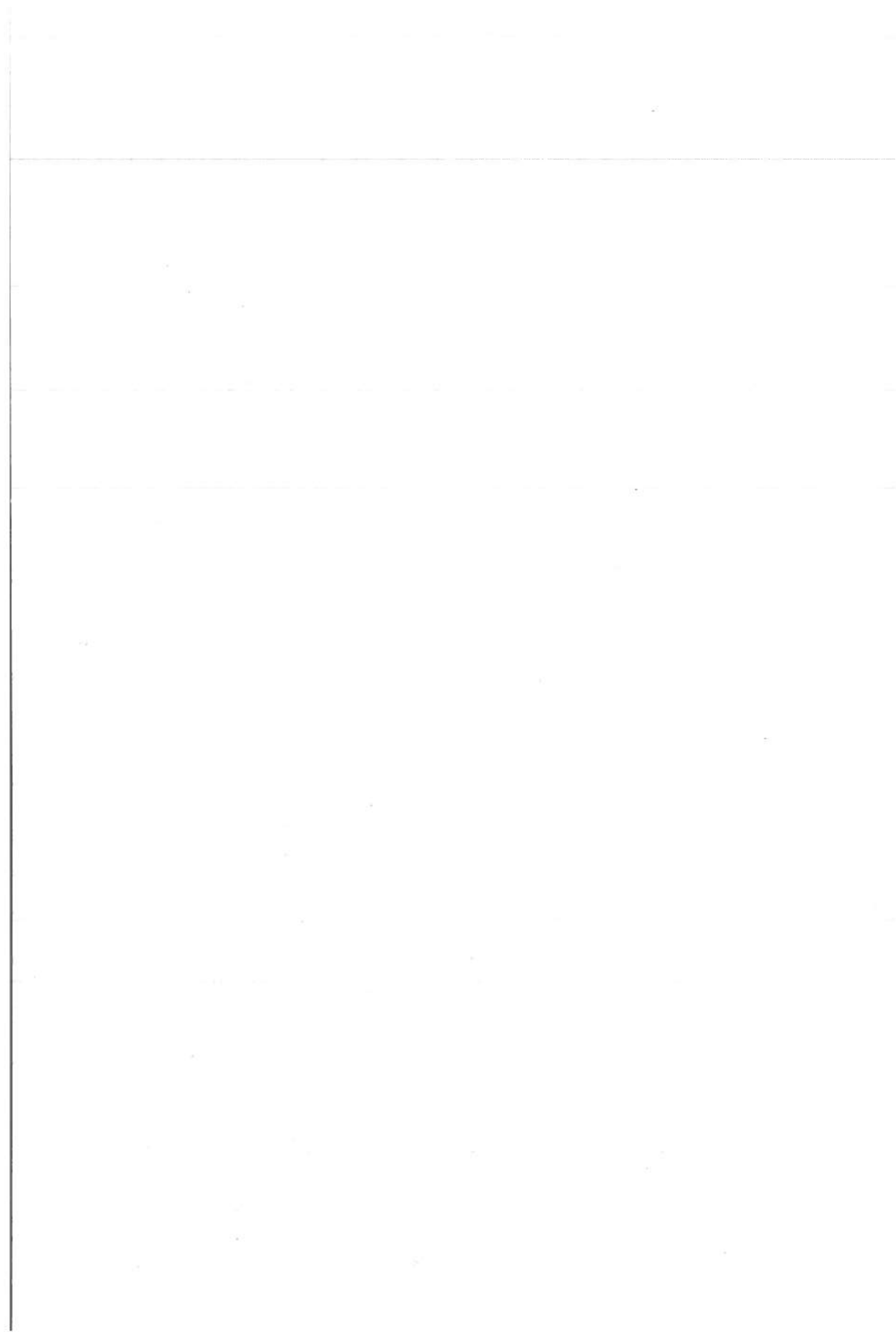
(٢) دكتور أبو زيد رضوان، «التحكيم التجاري الدولي»، دار الفكر العربي، ص١٩ ـ ٤٩.

(٣) انظر: بحث الدكتور محمد أبو العينين

Guidelines on Basic Principles to be Adopted in Modern Arab Arbitration Legislations.

بحث مقدم إلى

The Seminar of The Practice of International Arbitration, Oxford, July 31,1999.



الباب الثاني

التحكيم بين مجلة الأحكام العدلية

و

التشريعات الحديثة

٢٧٩ ـ تمهيد:

تناولنا في الباب الأول من هذا القسم تاريخ التحكيم وتطوره وموقف المذاهب الفقهية السنية الأربعة منه، وتنظيمه في مجلة الأحكام العدلية. ومفهومه في النظام القانوني الحديث وطبيعته ونخصص هذا الباب لدراسة التحكيم في التشريعات العربية في البلدان التي طبقت المجلة، مقارنين بين تشريع التحكيم فيها وتنظيم المجلة له. ثم ندرس نموذجاً للقوانين الحديثة اخترنا أن يكون القانون الإنجليزي Arbitration Act 1996 لحداثته من جهة، ولوجود أوجه تشابه بين النظام القانوني الإنجليزي وبين الفقه الإسلامي، من جهة أخرى. وسوف نخصص فصلاً من فصلي هذا الباب لكل من هذين الموضوعين ثم نختمه بمحاولة التعرف على مدى قدرة نظام التحكيم في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية على استيعاب التطورات الحديثة في نظام التحكيم.

الفصل الأول

التحكيم في بلاد المجلة العربية

٢٨٠ ـ تمهيد وتقسيم:

نخصص هذا الفصل لدراسة نظام التحكيم في البلاد العربية المتأثرة بالمجلة معتمدين في ذلك منهج المقارنة بين معالجة نصوص التحكيم في المجلة وتشريعاته في الدول محل التطبيق.

وسوف نعرض في المبحث الأول من هذا الفصل بإيجاز للتطور التشريعي الذي مر به نظام التحكيم في الدول العربية محل الدراسة وهي: الأردن والعراق والكويت ولبنان وسوريا. ثم نتناول تشريعات هذه الدول، المعمول بها، مقارنة بتشريع المجلة مخصصين لكل منها مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

التطور التشريعي للتحكيم في بلاد المجلة

مر تشريع التحكيم في البلاد العربية التي طبقت فيها مجلة الأحكام العدلية، أو تأثرت بها تشريعاتها، بمراحل متعددة نوجزها فيما يأتي:

المطلب الأول
تطور تشريع التحكيم في الأردن

٢٨١ ـ من المجلة إلى القانون الإنجليزي:

كانت التشريعات العثمانية مصدر القانون في الأردن حتى بعد بسط النفوذ الإنجليزي عليها عام ١٩٢٠م، وأهم هذه التشريعات مجلة الأحكام العدلية التي طبقت بكل ما اشتملت عليه من قواعد مدنية.

ومع حركة التقنين الواسعة التي انتشرت مع استقلال الدول العربية لجأت الأردن ـ كغيرها من البلاد العربية ـ إلى إصدار عدة قوانين لتتفق مع روح العصر ومستجداته، فصدر قانون المرافعات والتجارة والعقوبات وأخيراً القانون المدني الذي استغرق العمل في إعداده أعواماً طوال[١]. «وبعد ذلك تألفت لجنة عام ١٩٦٥م من فقهاء وقانونيين من الأردن والعالم الإسلامي لوضع مشروع للقانون المدني يستمد تقنينه من مجموعة المذاهب والقواعد الفقهية المقررة ومن الرصيد الكبير والثروة التشريعية والقانونية من فقه ومن شروح

(١) انظر في تفاصيل وتاريخ وضع القانون المدني الأردني: «المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني»، الصادرة عن نقابة المحامين، عمان ـ الأردن، ١٩٩٤.

وقرارات محاكم وقضاء»[1]، ووضعت اللجنة الأخيرة القانون الذي صدر في عام ١٩٧٦م تحت رقم (٤٣) وليعمل به حسبما نصت مادته الأولى من ١/ ١/ ١٩٧٧م، لتطوى بذلك صفحة التطبيق المباشر لمجلة الأحكام العدلية في الأردن.

أما القانون الذي نظم التحكيم في الأردن فقد كان مجلة الأحكام العدلية حتى صدر في عام ١٩٣٣م قانون التحكيم الفلسطيني، ثم صدر في عام ١٩٣٥م قانون أصول التحكيم، وظل العمل بهما قرابة عشرين عاماً حتى صدر في عام ١٩٥٣م القانون رقم (١٨) لتنظيم التحكيم ليلغى العمل بأي قانون سابق للتحكيم وليستمر العمل به حتى اليوم. وهو مأخوذ في معظم تفاصيله ـ كما سيأتي ـ من قانون التحكيم الإنجليزي Arbitration Act 1950 الذي كان معمولاً به في بريطانيا وقت صدوره.

المطلب الثاني
تطور تشريع التحكيم في العراق

٢٨٢ ـ من المجلة إلى قانون المرافعات:

اعتمد النظام القانوني في العراق على مجلة الأحكام العدلية ضمن قوانين عثمانية متتالية خاصة بعد خضوع العراق للاحتلال الإنجليزي الذي أصدر قوانين بجوار مجلة الأحكام العدلية. ومع تخلص العراق من نظام الامتيازات الأجنبية عام ١٩٣٣م بدأ تشكيل لجان لوضع قوانين جديدة لسد الثغرات التشريعية المتعددة التي ظهرت مع تطور الأوضاع الاجتماعية والسياسية. فشكلت لجنة في عام ١٩٣٣م، أعقبتها لجنة أخرى في عام ١٩٣٦م، لوضع قانون مدني عراقي ولم تتم المهمة حتى عام ١٩٥١م، حين توجت الجهود بتشكيل لجنة يرأسها القانوني العربي الكبير الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري باشا أعدت المشروع الذي أصبح القانون المدني العراقي الجديد وصار نافذاً منذ سنة ١٩٥٣م.

---

(١) المرجع السابق.

أما التحكيم فقد خضع في تنظيمه لمجلة الأحكام العدلية ولقانون أصول المحاكمات العثماني الذي طبق إلى جوار المجلة وأخيراً قانون الأحوال الشخصية الذي نظم التحكيم في حالة خوف الشقاق بين الزوجين.

ثم ألغي العمل بهذه القوانين بصدور قانون المرافعات المدنية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦م الذي ألغي بدوره عند صدور قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م. وقد نظم هذا القانون التحكيم في المواد من ٢٥١إلى ٢٧٦ وبذلك حل محل جميع القوانين السابقة المنظمة للتحكيم بما فيها مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثالث
تطور تشريع التحكيم في الكويت(١)

٢٨٣ ـ تشريعات متعددة بعد الاستقلال:

استقلت الكويت في عام ١٩٦٠م وحتى ذلك الحين كانت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المطبق بها ولم يمض وقت طويل على تطبيق تشريع المجلة في الكويت حتى بدأ يظهر أنه لم يكن كافياً لتنظيم معاملات الناس فيما بينهم»(٢). وهكذا فقد بدأ إصدار القوانين المختلفة التي أخذت تحل محل مجلة الأحكام العدلية تدريجياً إلى أن اكتمل بناء النظام القانوني الحديث لدولة الكويت بصدور القانون المدني الكويتي في عام ١٩٨١ ليتم به الاستبعاد الكلي لمجلة الأحكام العدلية من الحياة القانونية الكويتية، اللهم إلا ما بقي من تأثير طفيف لها في بعض المواضع من نصوص القانون المدني.

أما التحكيم في الكويت فقد نظمته تشريعات مختلفة هي قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م والقانون المنظم للتحكيم القضائي، والقرارات الوزارية المنظمة له، رقم ١١ لسنة ١٩٩٥م

---

(١) راجع: «نظام التحكيم في دولة الكويت»، منشورات وزارة العدل، إدارة التحكيم القضائي، محكمة الاستئناف.

(٢) كلمة رئيس وزراء الكويت في مقدمة قانون المعاملات المدنية الكويتي.

وأخيراً هناك التحكيم النظامي الدائم الذي تقوم بمباشرته غرفة التجارة بمقتضى قانونها الصادر عام ١٩٥٨م. وهو تحكيم يقترب من التوفيق والصلح أكثر من التحكيم بالمعنى الفني المتعارف عليه، وأعضاء هيئة تحكيم الغرفة ليسوا من الحقوقيين وإنما من التجار والشخصيات العامة.

المطلب الرابع
تطور تشريع التحكيم في لبنان

٢٨٤ ـ من المجلة إلى القانون الفرنسي:

«كان لبنان خاضعاً للقوانين العثمانية ومجلة الأحكام العدلية، غير أن السلطة الفرنسية المنتدبة أخذت تعمل تدريجياً منذ الاحتلال الفرنسي على سن القوانين والقرارات التشريعية في مسائل عديدة مستقلة بذلك أحياناً، ومتآزرة مع الحكومة المحلية أحياناً أخرى... فالحكومة اللبنانية على أثر استقلالها السياسي أخذت في إصدار كثير من القوانين الخاصة أو تعديل القوانين السابقة لمسايرة مقتضيات التوجيه القومي والوضع الجديد الناشئ عن الاستقلال»[١].

فالواقع أن مجلة الأحكام العدلية لم تختف فجأة من الساحة التشريعية اللبنانية بل تدرج تواريها حتى اكتمل بصدور القوانين اللبنانية الحديثة التي لم يتوقف تغييرها ونموها تبعاً لمقتضيات التطور.

أما عن التحكيم في القانون اللبناني فقد عالجته مجلة الأحكام العدلية ثم ألغي تطبيق نصوصها في هذا المجال بقانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية الصادر في عام ١٩٣٣م وهو الذي عالج التحكيم ثم عدل هو أيضاً بالمراسيم التشريعية الصادرة في عام ١٩٨٣م التي تبنت اتجاهاً جديداً في التحكيم، وبهذا يصبح التحكيم في لبنان منظماً بقانون أصول المحاكمات الصادر بالمراسيم التشريعية عام ١٩٨٣م، ولن نتعرض في هذه الرسالة لقانون التحكيم اللبناني، لأنه مأخوذ نصاً بنص من القانون الفرنسي مما يجعله منبت الصلة بالمجلة.

---

(١) صبحي المحمصاني، «فلسفة التشريع في البلاد العربية»، المرجع السابق.

المطلب الخامس
تطور تشريع التحكيم في سوريا[1]

٢٨٥ ـ من المجلة إلى التشريعات الحديثة:

طبقت سوريا كغيرها من الدول العربية مجلة الأحكام العدلية، ولم تشرع سوريا في استبدال القوانين الحديثة بالمجلة إلا بعد استقلالها، فاستهلت تقنيناتها بقانون البينات في المواد المدنية والتجارية الصادر في عام ١٩٤٧م، ثم تعاقبت القوانين الأخرى في الصدور فصدر القانون المدني السوري عام ١٩٤٩م متأثراً في معظم نصوصه بالقانون المدني المصري. وتلاه قانون العقوبات وقانون التجارة في العام نفسه. ثم صدرت في سنة ١٩٥٠م قوانين أصول المحكمة الجزائية والعقوبات العسكرية والتجارة البحرية، ثم في عام ١٩٥٣م صدر قانون أصول المحاكمات المدنية (المرافعات) الذي عدل على التوالي في عامي ١٩٥٨ و١٩٥٩ وأصبح التحكيم التجاري في سوريا منظماً بهذا القانون منذ صدوره. وبهذا اكتمل الاستغناء عن المجلة تماماً بالقوانين الحديثة في سوريا.

المطلب السادس
تطور تشريع التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة

٢٨٦ ـ التأثر بالفقه الإسلامي في تشريع الإمارات:

لم تطبق المجلة في دولة الإمارات العربية المتحدة وإن تأثرت بها عند شروعها في إصدار مجموعاتها القانونية بعد استقلالها. والشريعة الإسلامية أحد مصادر قوانين الإمارات العربية الرسمية حيث:

نص الدستور الإماراتي على أن: «الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع» (م/٧). وقد أكدت هذا المبدأ نصوص القانون المدني الذي تجاوزت

---

(١) انظر: لتفاصيل الوضع في سوريا، صبحي المحمصاني، «فلسفة التشريع في البلاد العربية»، ص٨٩ ـ ٩١.

مادته الأولى حدود المذهب الواحد فنصت على أنه: «إذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة». ونصت مادته الثانية على أنه «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي».

وقد جعل القانون المدني الإماراتي الشريعة مصدراً حاكماً على سائر النصوص القانونية بأن نص في المادة (٢٧) على أنه: «لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة».

والمطالع لقوانين دولة الإمارات لا يحتاج إلى جهد كبير لإدراك الطابع المميز للفقه الإسلامي فيها، فالقواعد الكلية الفقهية التي يتضمنها القانون المدني والتي يتم في ضوئها تفسير نصوصه والعمل بها ما هي إلا قواعد المجلة العدلية المأخوذة عن المذهب الحنفي.

أما التحكيم فقد نظمه قانون المرافعات الاتحادي الصادر بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.

٢٨٧ ـ موضع المقارنة بين المجلة والقوانين العربية:

وقوانين البلاد العربية المختلفة التي نظمت التحكيم هي إما قوانين المرافعات وإما قوانين تحكيم مستقلة.

ووضع التحكيم في قوانين الدول محل التطبيق لا يخرج عن كونه ـ كما في مجلة الأحكام العدلية ـ وسيلة لفض المنازعات أسرع من القضاء، وأبعد منه عن بعث الشحناء بين الخصوم، وأكثر تحديداً وحسماً من التصالح على الحقوق. سوف نستبعد في المقارنات الآتية كل ما يتعلق بالإجراءات والمواعيد لأن المجلة لم تنظم أي إجراء أو تضع أي مواعيد محددة بل تركت ذلك لإرادة الخصوم.

وسنعرض لموقف قوانين التحكيم في الدول محل التطبيق من الموضوعات القابلة للتحيكم، والعقد التحكيمي وأطرافه والمحكمين وأخيراً الحكم التحكيمي مقارنين، في كل ذلك، بمجلة الأحكام العدلية.

قانون التحكيم في الكويت[1]

٢٨٨ ـ أنواع التحكيم، وموضوعاته:

ينظم التحكيم في الكويت قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م في بابه الثاني عشر في مواده من (١٧٣) إلى (١٨٨)، وكذلك القانون ١١ لسنة ١٩٩٥م الخاص بتنظيم التحكيم القضائي الذي كان محكوماً بنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة رقم (١٧٧) التي ألغيت بصدور القانون الأخير. لذلك جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم القضائي الجديد: «. . .وقد استهدفت المادة (١٧٧) آنفة الذكر تشجيع المتقاضين على عرض منازعتهم على تلك الهيئات، ولكن التطبيق العملي لحكم تلك المادة كشف عن عدم إقبال المتقاضين على عرض منازعتهم عليها، ولعل مرد ذلك ما وقر في الأذهان من قصور إجراءات التحكيم الاختياري بعامة والقضائي منه بخاصة عن تحقيق الهدف المرجو منها وهو سرعة الفصل في منازعات التحكيم وذلك نظراً لما تستغرقه إجراءات اختيار المحكمين ابتداء من وقت وجهد وما يترتب على طلب رد أي من المحكمين من وقف لإجراءات التحكيم، ريثما يتم الفصل نهائياً في طلب الرد، من تعطيل للفصل في النزاع حتى يتم اختيار محكم جديد وإعادة المرافعة أمامه هذا فضلاً عن تردد المتقاضين في اللجوء إلى التحكيم بحسبانه قضاءً من درجة واحدة نظرًا لما ينطوي عليه ذلك من مخاطرة تتمثل في عدم إمكان تدارك ما يقع في حكم

(١) انظر: «نظام التحكيم في دولة الكويت»، وزارة العدل، إدارة التحكيم القضائي، محكمة الاستئناف.

المحكمين من أخطاء قانونية إلا من خلال دعوى البطلان. . . وعملاً على تلافي هذه العيوب في مجال هيئات التحكيم القضائي المنصوص عليه في المادة (١٧٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية فقد أعدت وزارة العدل مشروع القانون المرفق»[١]. وبذلك ألغيت المادة (١٧٧) من قانون المرافعات وحل محلها القانون سالف الذكر ليتناول التحكيم القضائي بمنظور جديد وقواعد أكثر تفصيلاً، وذلك كله إزالة للعراقيل التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم القضائي الجديد رقم (١١) لسنة ١٩٩٥م.

وقد أحدث القانون الجديد انقلاباً في نظام التحكيم الكويتي، فبعدما كان الأصل أن التحكيم نظام اختياري يخضع اختيار المحكمين فيه لإرادة الخصوم المطلقة، أصبح التحكيم الاختياري قضائياً أي يخضع لسلطة القضاء في ظل القانون الجديد، سواء في تشكيل هيئته وفي اختصاصها، فقد نصت المادة الثانية من القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥م على أن: «تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية:

١ ـ الفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون، وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم، ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك.

٢ ـ الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات.

٣ ـ الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء، وتنظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم».

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، منشورات وزارة العدل الكويتية، إدارة التحكيم القضائي، محكمة الاستئناف، ص١٠.

وتوجب الفقرة الأولى من هذه المادة أن يحال أي نزاع ينشأ عن العقود التي تبرم بعد صدور هذا القانون على التحكيم القضائي أي على هيئة التحكيم القضائي المنظمة بموجب هذا القانون، وورد بيان ذلك في المذكرة الإيضاحية التي بينت أنه: «نصت المادة الثانية على اختصاص هيئات التحكيم بالفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن على عرضها عليها، واعتبر المشرع في حكم اتفاق ذوي الشأن على العرض على هيئة التحكيم القضائي العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن نصاً بحل المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم ما لم ينص في هذه العقود على اختيار محكم واحد أو أكثر يتم اختيارهم بمعرفة ذوي الشأن أو اختيار إجراءات أخرى خلاف إجراءات التحكيم القضائي بما يعني انصراف إرادتهم إلى إعمال أحكام الباب الثاني عشر من قانون المرافعات المدنية فيتعين هنا احترام إرادة الطرفين[1].

وبذلك صار كلا من القانونين مكملاً للآخر باعتبار أن القانون الجديد أصبح الأصل في تنظيم التحكيم بموجب نص مادته الثانية ما لم ينص على غير ذلك في العقد الأصلي بين أطراف التحكيم، ذلك لأن القانون الجديد لم ينظم كثيراً من المسائل المتعلقة باختيار المحكمين على اعتبار أن قانون المرافعات قد تولى ذلك، ولم ينظم أيضا ما يتعلق بموضوعات النزاع التي يجوز عرضها على الهيئة وأغفل كذلك حق الهيئة المشكلة بموجبه في الفصل صلحاً في التحكيم، على ما سوف يأتي تفصيلاً.

٢٨٩ ـ بين المجلة والقانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥:

لم تعرف المجلة العدلية التفرقة بين نوعين من التحكيم (القضائي والرضائي) كما في القانون الكويتي، فالتحكيم في المجلة اختياري ورضائي فقط وهي لا تعرف التحكيم القضائي. وتختلف وظيفة القاضي عن وظيفة المحكم، فالقاضي نائب للسلطان لا يعزله سواه وليس للخصوم سلطة عليه، على عكس المحكم الذي يجوز للخصوم عزله في أي وقت قبل صدور حكم التحكيم، وسلطة القاضي في المجلة بالنسبة إلى التحكيم تتمثل في أحد أمور ثلاثة:

---

(١) «المذكرة الإيضاحية للقانون» رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، ص١٤.

أ ـ المصادقة على اختيار المحكم لأي سبب كان، فعندها لا يجوز عزله إلا عن طريق القاضي.

ب ـ إضفاء القوة التنفيذية على حكم المحكم (وهو المعروف في القوانين الحديثة بوضع الصبغة التنفيذية على الحكم).

ج ـ النظر في الحكم إذا رفعه إليه أحد الخصوم طالباً إلغائه.

أما في غير ذلك من الأحوال، فتكون سلطة القاضي بالنسبة لحكم المحكم كسلطته بالنسبة لأحكام غيره من القضاة. لا ينقضها إذا رفعت إليه إلا بمخالفة بينة للأصول الشرعية ولا يتصدى لمراجعتها أو نظرها دون طلب أحد الخصوم.

فنظام التحكيم القضائي الصادر بتنظيمه القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥م لم تعرفه المجلة وهو غريب عنها.

٢٩٠ ـ موضوع التحكيم:

أما عن موضوع التحكيم فقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي في مادته رقم (١٧٣) على أنه «... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح» فكل ما هو دون ذلك يجوز فيه التحكيم، والقاعدة الأخرى في القانون الكويتي أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكن يجوز الصلح فيما يترتب عليها من حقوق مادية، وأجازت مجلة الأحكام التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس، فالأصل «أن حكم المحكمين بمنزلة الصلح...»(١) فيجوز التحكيم فيما يجوز فيه الصلح، فالقانونان متشابهان في هذه المسألة.

٢٩١ ـ ثانياً: اتفاق التحكيم:

لم يقرر المشرع الكويتي في قانون التحكيم القضائي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ أمراً جديداً بشأن الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي وبالتالي فاتفاق التحكيم فيه وفي قانون المرافعات تسري عليهما قواعد قانون المرافعات.

---

(١) شرح سليم باز للمادة رقم ١٨٤٧ من المجلة.

ويجيز قانون المرافعات الكويتي الشرط التحكيمي السابق على النزاع، ويجيز كذلك الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، ويشترط المشرع الكويتي الكتابة لإثبات التحكيم.

ويوجب المشرع الكويتي تحديد موضوع النزاع وبالتالي تحديد مهمة المحكمين ونطاق عملهم في الفصل بين الخصوم.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد أجازت الاتفاق التحكيمي دون ذكر وقته فهو صحيح سواء تم قبل نشأة النزاع أم بعده، أما ضرورة ذكر موضوع النزاع وتحديده فإن هذا مما يفهم ضمناً من نصوصها، لا سيما وقد قصرت أثر الحكم على طرفيه وفي الموضوع الذي حكّما بخصوصه، وهو ما يؤكد ضرورة تحديد موضوع النزاع، ليمكن مراقبة عمل المحكمين من هذه الجهة، وهذا هو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي الذي أخذت عنه المجلة.

وتعددت الآراء في الفقه الإسلامي حول جواز الاتفاق على اللجوء للتحكيم قبل نشأة النزاع، فالبعض أجازه والبعض رفضه، إما لاعتبارهم أن طبيعة النزاع في هذه المرحلة تكون مجهولة وإما لعدم جواز نزع اختصاص القضاء ابتداء. ولم تتطرق المجلة صراحة لهذا أيضاً ولكنها نصت على «جواز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس» ولا يكون النزاع دعوى إلا بعد قيامه ومن ثم فإن الأرجح أن المجلة لم تجز اتفاق التحكيم قبل النزاع، ومع ذلك فهي تجيز الاتفاق على إحالة نزاع مستقبل إلى التحكيم أي شرط دون مشارطة طالما كان ذلك قبل نشأة النزاع. نقول ذلك آخذين في الاعتبار أن نصوصاً في عموم نصوص المجلة يمكن أن تحتمل أكثر من وجه.

٢٩٢ ـ ثالثاً: أطراف التحكيم:

يجوز طبقاً للقانون الكويتي أن يلجأ من كان أهلاً للتصرف في الحق محل النزاع إلى التحكيم. فالأهلية المشترطة ليست أهلية التصرف المطلقة وإنما هي أهلية التصرف في الحق محل النزاع. وكأن المشرع الكويتي هنا قد تأثر بالمجلة العدلية التي تجعل الأهلية المطلوبة للجوء للتحكيم ـ شأنها في ذلك شأن الفقه الإسلامي ـ هي أهلية التصرف المبنية على العقل فيصح تحكيم

الصبي المأذون له بالتصرف، فإن كان يصح صلحه، كما نصت المجلة، فيصح بالأولى تحكيمه.

ولم يكن في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ما يمنع لجوء الشركات والهيئات الحكومية للتحكيم ولم يكن التحكيم القضائي سوى خيار لطرفي التحكيم، وبصدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وبموجب حكم مادته الثانية أصبح اختصاص التحكيم القضائي يمتد إلى الفصل في المنازعات

«١ ـ ....

٢ ـ التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين الشركات.

٣ ـ الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء...». والنص السابق قطع بوجوب خضوع المنازعات التي يكون طرفاها شركة أو شخص عام اعتباري للتحكيم القضائي وحده، فيلتزم أطراف النزاع باللجوء لهذا النوع من التحكيم دون غيره، وبالتالي يخضع في كل جزئياته وإجراءاته لقانون التحكيم القضائي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥م.

فالنص السابق قصر الحق في نظر المنازعات المتعلقة بالأشخاص المذكورين في المادة الثانية منه على منصة التحكيم القضائي دون غيرها، وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون علة ذلك بقولها «...تختص دون غيرها بالفصل في المنازعات التي تقوم فيما بين الوزارات والجهات الحكومية المختلفة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات، كاختصاص سالب لاختصاص جهات القضاء العادي بها تخفيفاً للعبء على تلك الجهات، وباعتبار أن تلك المنازعات يجمعها قاسم مشترك هو أن محلها المال العام».

٢٩٣ ـ اقتباس نظام التحكيم الإجباري:

الواقع أن المشرع الكويتي الذي لم يعرف من قبل نظام التحكيم

الإجباري أصبح يعرفه بموجب الأحكام المنظمة لقانون التحكيم القضائي، إذ أصبحت الوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة والشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل ملزمة باللجوء إلى التحكيم القضائي إذا ما نشب بينها أي نزاع، ولا يشترط أن يكون العقد الأصلي محل النزاع قد تضمن شرطاً تحكيمياً وهو ما تفسره عبارات المذكرة الإيضاحية كما ذكرنا آنفاً.

٢٩٤ ـ هل تجيز المجلة للأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى التحكيم:

الواقع أن مجلة الأحكام العدلية لم تنص على إمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لكن معيار اللجوء إلى التحكيم في المجلة هو طبيعة النزاع ذاته وهل هو مما يجوز الصلح فيه ومن حقوق الناس أم لا، فإن كان يجوز الصلح فيه وكان محله حقاً مالياً جاز عرض الأمر على التحكيم، وبالتالي سواء كان أطراف النزاع أشخاصاً طبيعيين أم غير ذلك جاز لجوؤهم إلى التحكيم طالما أن النزاع يقع على حق مالي وهو مما يجوز حله صلحاً، فمنهج المجلة إذن وإن كان لا يصرح بحكم لجوء الشخص الاعتباري إلى التحكيم إلا أنه لا يمنعه، وإذا كانت الظروف القانونية المفرزة لأشكال مختلفة من الشركات والهيئات والأشخاص دفعت المشرعين في العصور التالية للمجلة إلى استحداث نصوص تحدد من يحق له اللجوء إلى التحكيم وتنص صراحة على حق الشخصيات الاعتبارية في ذلك، فإن ذلك لا يمنع النظر لهذه الأشخاص في ضوء القواعد العامة للمجلة والحكم عليها بمعاييرها.

٢٩٥ ـ المحكمون:

المحكمون الذين يعينهم المتخاصمون طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية لا يجوز أن يكونوا قصراً أو محجوراً عليهم أو محرومين من حقوقهم المدنية أو مفلسين وذلك طبقاً لنص المادة (١١٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. والمحكمون تنطبق عليهم قواعد الصلاحية والرد التي تطبق على القضاة، وذلك حتى لو استبعدها الخصوم، كما تنص على ذلك المادة (١٠٢) و(١٠٣) من القانون ذاته، وبالتالي لا يجوز أن يكون المحكم قريباً لأحد الخصوم ولا بينه وبين أحدهم خصومة أو منفعة. ولم يمنع القانون الكويتي

النساء من الجلوس على منصة التحكيم ولم يشترط كذلك في المحكم أية درجة من العلم القانوني، ولم يستبعد غير الكويتيين من القيام بمهمة التحكيم، وبذلك يحق تولية التحكيم للنساء ولغير الكويتيين. ولم يغير القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ الخاص بالتحكيم القضائي هذه الشروط فمادته الأولى تنص على أنه «تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك، بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم. . .». فالنص لا يزيد على الشروط الواجب توافرها في المحكمين اللذين يعتلون منصة التحكيم القضائي عن تلك الواجب توافرها في غيرهم.

والكلمة الأولى في اختيار المحكمين تنعقد للخصوم أولاً، وتنتقل إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالات عددتها المادة (١٧٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهذه الحالات هي:

١ ـ إذا وقع النزاع ولم يتفق الخصوم على تعيين المحكمين.

٢ ـ إذا امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم من الخصوم عن مباشرة التحكيم أو اعتزل، أو حكم برده، أو قام أي مانع من مباشرته إياه.

وفي التحكيم القضائي، كذلك، يختار الخصوم محكميهم وهم حسب نص المادة الأولى من قانون التحكيم القضائي محكم عن كل طرف، ولكن في حالة عدم قيام أي من طرفي التحكيم خلال العشرة الأيام التالية لتكليف إدارة التحكيم له باختيار محكمه تعين الإدارة المذكورة المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة. . .»[1].

---

(١) دور المحكمة في اختيار المحكمين في ظل قانون المرافعات يختلف عن دور إدارة التحكيم في التحكيم القضائي للمحكمين عند تقاعس أحد الخصوم عن اختيار محكمه. فوفق قانون المرافعات (مادة ١٧٥) يرفع أحد الأطراف دعوى بالإجراءات القانونية المقرر اتخاذها وذلك أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع ليتم تعيين محكم عن الطرف المتقاعس، أما إدارة التحكيم في التحكيم القضائي فهي تتولى الأمر تلقائياً إذا لم يعين أحد الأطراف محكمه خلال الايام العشرة التالية لإخطاره بذلك.

وراجع بصفة عامة في شأن دور قضاء الدولة في التحكيم: دكتورة آمال الفزايري، «دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم»، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص٢٨١.

ومجلة الأحكام العدلية لها موقف مختلف عن موقف القانون الكويتي في حالة عدم تعيين أحد الطرفين محكمه، فالمجلة في الأصل تعتبر التحكيم حالة استثنائية تنزع الاختصاص الأصيل للقاضي الذي ينصبه الحاكم، والأصل في المجلة أن أطراف الخصومة يوافقون معاً على الحكم أو الحكام[1] الذين يرونهم للفصل في النزاع، وأجازت استثناء أن يعين كل طرف محكماً عنه، والتحكيم غير ملزم وفقاً للمجلة إلا بعد صدور حكمه، ورغم ذلك كله فقد نصت المادة (١٨٤٧) من المجلة على أنه «لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ولكن إذا أجازه الحاكم المنصوب من السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين إياه فيكون بمنزلة نائب هذا الحاكم لأنه استخلفه». فالنص السابق يجعل تعيين المحكم ملزماً لطرفي التحكيم إذا صدق على تعيينه القاضي المنصب من الوالي أو السلطان، ولا تقع هذه الحالة إلا بأحد أمرين:

أ - أن يعين القاضي المحكم ابتداء.

ب - أن يطلب إليه الخصمان ذلك.

أما طلب أحد الخصوم وحده من القاضي تعيين محكم فهو غير موجود في المجلة، لأن امتناع أحد طرفي التحكيم عن تعيين محكّم إنما يعد قرينة على رفضه اللجوء للتحكيم وبالتالي لا يكون أمام الطرف الآخر سوى اللجوء للقضاء للفصل في النزاع الأصلي.

إذاً فدور القاضي في مجلة الأحكام العدلية بشأن تعيين المحكمين يختلف عنه في القانون الكويتي وهو محدود في نطاقه ويتوقف على قرار القاضي دون دخل لإرادة الخصوم.

٢٩٦ - عدد المحكمين:

اشترط المشرع الكويتي لصحة التحكيم أن يكون عدد المحكمين وتراً وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم القضائي الجديد[2]. ولم تشترط المجلة

---

(١) وسبب هذا ما اشترطه الفقهاء من ضرورة معرفة الأطراف لأشخاص المحكمين ولا تتحقق هذه المعرفة إلا باشتراكهم في اختيار المحكمين.

(٢) مادة رقم (١٧٤) من قانون التحكيم الكويتي.

العدلية عدداً معيناً من المحكمين فأجازت العدد الفردي والزوجي وأجازت المجلة تعدد المحكمين أو انفراد واحد فقط بالتحكيم، ويصح التحكيم في كل هذه الحالات[1].

٢٩٧ ـ جواز التفويض بالصلح:

القانون الكويتي يجيز تفويض المحكمين بالصلح في حالة ذكر أسمائهم في اتفاق التحكيم، والمجلة تجيز تفويض المحكمين بالصلح دون ذكر شرط لذلك، فاتفاق التحكيم في المجلة لم تشترط لصحته الكتابة وبالتالي يثبت تفويض المحكمين بالصلح بجميع وسائل الإثبات، ولكن المجلة اشترطت اتفاق الطرفين لا أحدهما دون الآخر على هذا التفويض. لكن هل يجوز التفويض بالصلح في ظل قانون التحكيم القضائي أم لا، خاصة في ظل عدم ذكر أي أمر يخص تفويض المحكمين بالصلح فيه، وأيضاً لأن ثلاثة من أعضاء هيئة التحكيم معينون سلفاً بغير طلب الخصوم أو اتفاقهم على أشخاصهم، فهل يجوز تفويضهم بالحكم صلحاً في ظل عدم وجود اتفاق يشتمل على أسمائهم كما تشترط المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. هذا السؤال لا يجد إجابته من خلال النصوص ويوقع المتعاملين في ازدواجية لا حل لها سوى تدارك الأمر بنص تشريعي.

٢٩٨ ـ صدور الحكم بالأغلبية:

عند تعدد المحكمين يجيز القانون الكويتي صدور الحكم بأغلبية الآراء، ويعتبر القانون الكويتي الحكم صحيحاً ولو امتنع بعض المحكمين عن توقيعه طالما وقعته الأغلبية، وهو ما أكده ـ كذلك ـ قانون التحكيم القضائي.

وهذا المنهج يخالف تماماً ما اعتمدته المجلة العدلية حيث اشترطت لصحة الحكم التحكيمي صدوره بإجماع الآراء عند تعدد المحكمين إلا في تفويض الأطراف للمحكمين في الحكم بالأغلبية.

---

(١) مادة رقم (١٨٤٣) من مجلة الأحكام العدلية.

٢٩٩ ـ شروط القبول كتابة بمهمة التحكيم:

يشترط القانون الكويتي لإثبات قبول المحكم مهمته الكتابة[1]، وقد اشترطت مجلة الأحكام العدلية قبول المحكم لمهمته ولكنها لم تشترط شكلاً محدداً لهذا القبول، ويعزل المحكم في القانون الكويتي بموافقة الخصوم جميعاً، والمجلة تجيز أن يقوم أيٌ من الخصوم بعزل المحكم طالما أنهما عيناه معاً، ورد المحكم في المجلة غير وارد طالما يجوز لكلا الخصمين عزله وقتما يشاء بل ودون إبداء أسباب، أما في القانون الكويتي فالمحكم يرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي.

وتنتهي ولاية المحكم بإتمام التحكيم، فإذا تنحى عن القيام بمهمته بعد البدء في مباشرتها دونما سبب، جاز الحكم عليه بناء على طلب من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالتعويضات المناسبة[2].

وفي المجلة يلتزم المحكم القيام بمهمته بعد قبوله، وتقاعسه سواء بعزله نفسه عن التحكيم (أي تنحيه)، أم بالتراخي دونما سبب عن إتمامه، يجعله عرضة للجزاء وذلك باعتباره مخلاً بالوفاء بالتزام تعاقدي هو طرف فيه.

٣٠٠ ـ الحكم:

بعد قبول المحكمين لمهمتهم يخطرون الخصوم بموعد الجلسة الأولى وعليهم إن تعددوا مباشرة جميع الإجراءات معاً إلا إذا اتفقوا على ندب أحدهم لذلك.

والمدة التي يجب صدور الحكم خلالها رهن بإرادة المحتكمين، وإن لم يتفقوا فعلى المحكمين إصدار حكمهم خلال ستة أشهر من إخطارهم الخصوم بموعد الجلسة، أو من تاريخ آخر الإخطارات، وقد يتفق الخصوم على مد وقت التحكيم صراحة أو ضمناً، وإذا تأخر صدور الحكم دون تراضي الخصمين على المد فعندها يجوز رفع النزاع للقضاء. وموقف القانون الكويتي

(١) مادة رقم (١٧٨) من قانون التحكيم الكويتي، (الفقرة الأولى).

(٢) مادة رقم (١٧٨) من قانون التحكيم الكويتي، (الفقرة الثانية).

يتفق مع موقف المجلة التي جعلت تحديد مدة نظر النزاع وصدور الحكم التحكيمي قيد إرادة طرفيه، وجعلت لهما الحرية في مد المدة المقررة لذلك أو في إنهاء التحكيم لو تأخر صدور الحكم عن الموعد المضروب له دون تفويضهما أو إذنهما للمحكم في ذلك، ولهما تفويض المحكم في تحديد المدة اللازمة لإصدار حكمه، أما لو صدر الحكم بعد الموعد ودون إنهاء التحكيم فلو لم يرض طرفاه به بطل وأصبح غير ملزم لهما. (مادة ١٨١) من قانون المرافعات).

٣٠١ ـ وجوب التسبيب:

اشترط القانون الكويتي (مادة ١٨٣) لصدور الحكم صحيحاً أن يصدر مشتملاً على صورة من الاتفاق على التحكيم وملخص ما دار في أثناء التحكيم من أقوال الخصوم ودفاعهم وحججهم ومستنداتهم وأن يصدر مسبباً ومتضمناً منطوقه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين. ورغم عدم اشتراط مجلة الأحكام العدلية تسبيب الحكم فإنها تطلبت ذلك ضمناً عند إعطائها الحق للقاضي في نقض الحكم الصادر من المحكم إذا ما خالف الأصول الشرعية، وتبين مثل هذه المخالفات إن حدثت لا يكون إلا بتسبيب الأحكام.

٣٠٢ ـ الطعن على حكم المحكمين:

يطعن بالبطلان على حكم المحكمين في قانون المرافعات الكويتي لأسباب محددة حصراً ويجوز استئناف الحكم إذا اتفق الخصوم على ذلك صراحة قبل صدور الحكم، ولا يجوز استئنافه في حالة تفويض المحكم بالصلح.

أما في القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ الخاص بالتحكيم القضائي فقد أجاز الطعن بالتمييز فقط ـ أي بالنقض ـ على حكم المحكمين الصادر من منصة التحكيم القضائي. ولعل مرجع ذلك إلى أن أغلبية أعضاء هيئة التحكيم في ظل هذا القانون من القضاة. والطعن في الحكم الصادر عنهم تتبع فيه المواعيد والإجراءات المقررة في نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية (المواد ١٥٢ ـ ١٥٧).

أما مجلة الأحكام فقد جعلت السبب الوحيد لنقض حكم المحكم إذا ما صدر موافقاً للقواعد التي وضعتها المجلة هو صدوره بالمخالفة للأصول الشرعية، أما في غير ذلك من الحالات فلا يجوز نقضه متى صدر موافقاً للضوابط التي وضعها الطرفان وغير متجاوزٍ للسلطات التي حدداها للمحكم في اتفاقهما.

ومتى صدر الحكم موافقاً لضوابطه يصبح نافذاً في حق الخصوم أو ملزماً. والمجلة العدلية والقانون الكويتي سواء بسواء يلزمان طرفي الخصومة بالحكم التحكيمي، فيحوز الحكم بصدوره قوة الأمر المقضي ويكون واجب النفاذ.

٣٠٣ ـ القانون واجب التطبيق:

يطبق على النزاع في القانون الكويتي القانون الكويتي (مادة ١٨٢) نفسه؛ ما لم يكن هناك تفويض بالصلح صادر من طرفي الخصومة للمحكمين؛ فعندها لا يلزمون بتطبيق القانون. أما في المجلة فالقانون المطبق هو الشريعة الإسلامية على المذهب الحنفي، في غير المقنن من المسائل، وفي المقنن منها تكون نصوص المجلة ذاتها هي القانون المطبق.

من العرض السابق نخلص إلى أن اختلاف المجلة العدلية عن القانون الكويتي يرجع في غالب حالاته إلى الفارق الزمني بينهما مما أثر في التفاصيل والقواعد القانونية المنظمة للظواهر الاجتماعية.

المبحث الثالث

قانون التحكيم الأردني[1]

٣٠٤ ـ سبق الأردن في إفراد التحكيم بقانون خاص:

كما عرفنا تعتبر الأردن من أوائل الدول العربية التي نظمت التحكيم في قانون مستقل، فلم يكن التحكيم منذ قنن في الأردن إلا قانوناً مستقلاً، رغم تضمن المجلة زمن تطبيقها في الأردن نصوصاً منظمة للتحكيم.

فقد نظم التحكيم أولاً بالقانون الفلسطيني الصادر عام ١٩٣٣ تحت اسم «قانون التحكيم» والمعدل سنة ١٩٤٦. كما صدر في عام ١٩٣٥ قانون أصول التحكيم متضمناً الجانب الإجرائي للتحكيم، وطبق هذان القانونان في الأردن إلى أن ألغيا بصدور القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣. ففلسطين، إذن، ومن بعدها الأردن كانتا من أسبق الدول العربية إلى إفراد التحكيم بقانون خاص[2].

٣٠٥ ـ تأثير القانون الإنجليزي على القانون الأردني:

والقانون الأردني تأثر غاية التأثر بقانون التحكيم الإنجليزي على عكس معظم البلاد العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي، ويبرز هذا التأثر كما سنرى في

---

(١) انظر لمزيد من التفاصيل عن التحكيم في الأردن:

1- Samir Saleh, Commercial Arbitration in the Arab Countries & the Middle East Graham & Trotman, 1st Ed,1984, P157.

٢ ـ عبد الحميد الأحدب، موسوعته في التحكيم، ص٣ ـ ٣٢.

٣ ـ المستشار عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، ط الأولى، ص٣٨٣ ـ ٣٩١.

٤ ـ محمد سليم العوا، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقدمة لمؤتمر التحكيم في عمان، فبراير ١٩٩٩، ص١١ ـ ١٨.

(٢) محمد سليم العوا، المصدر السابق، ص٥ ـ ٦.

عدم تعرضه للتحكيم بالصلح على الرغم من كونه نظاماً قديماً ومتبعاً بالفعل على أرض الواقع في الأردن، من خلال ممارسات فعلية، وفي تنظيمه لما يسمى بالمحكم الفيصل Umpire، وفي الدور الذي ناطه بمحكمة الموضوع، فقد جعل لها دوراً رئيسياً في الإشراف على التحكيم ومتابعته، خلافاً لمعظم التشريعات العربية.

٣٠٦ ـ أطراف التحكيم:

لم يحدد القانون الأردني صراحة الأهلية المطلوبة في طرفي التحكيم ورغم ذلك فقد نص في المادة (١٣) على أنه: «يجوز للمحكمة أن تفسخ حكم المحكمين في الأحوال الآتية:

١ ـ . . . .

٢ ـ إذا كان أحد فريقي التحكيم أو الفيصل أو أحد المحكمين فاقداً الأهلية القانونية كأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه. . .».

فالنص السابق يجعل أهلية اللجوء إلى التحكيم هي الأهلية العامة المنصوص عليها في المادة (٤٣) من القانون المدني الأردني والتي تحدد سن الرشد بنصها على أنه: «١ ـ كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. ٢ ـ وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة».

وهذه الأهلية تمكن المتمتعين بها من ممارسة جميع حقوقهم المدنية من تصرف ومباشرة حق التقاضي وما يتفرع عنه وبالتالي التحكيم.

«أما المفلس فلا يستطيع الاتفاق على التحكيم، فإذا كان اتفاق التحكيم قد أبرم قبل إشهار إفلاسه فيكون قد وقع منه وهو متمتع بالأهلية ولكن وكيل التفليسة هو الذي يحل محل المفلس بعد ذلك»[١].

أما المجلة فتشترط للجوء إلى التحكيم أهلية التصرف كما بيّنا سابقاً فالصبي المميز له حق اللجوء إلى التحكيم طالما أذن له بالتصرف في ماله.

---

(١) د. عبد الحميد الأحدب، «التحكيم في البلاد العربية»، الجزء الثاني، ص١١.

أما الأشخاص الحكميين (أي الاعتباريين) في القانون الأردني فيحق لهم التقاضي وبالتالي يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم. وهو الأمر الذي استنبطنا جوازه في المجلة كما أسلفنا، لأن معيارها في اللجوء إلى التحكيم ليس بطبيعة الشخص وإنما طبيعة النزاع، فطالما كان النزاع مالياً من حقوق الناس جاز التحكيم عليه.

٣٠٧ ـ اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم يثبت كتابة في القانون الأردني، وأجاز المشرع الشرط التحكيمي كما أجاز الاتفاق التحكيمي السابق واللاحق للنزاع، فقد نصت المادة الثانية من القانون الأردني على أنه «...تعني عبارة اتفاق التحكيم الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن...». فهذا النص يفيد جواز الاتفاق على التحكيم سواء قبل نشأة النزاع أم بعدها.

أما المجلة فهي تجيز إحالة «الدعوى» إلى التحكيم بما يفيد إجازة المشارطة اللاحقة فقط دون السابقة على النزاع. ولكن كما أوضحنا سابقاً قد تحتمل نصوصها إحالة ما قد ينشأ من منازعات إلى التحكيم بشرط عدم تعيين المحكم أو الشروع في إجراءاته إلا بعد المنازعة.

ولم يحدد القانون الأردني ما يمكن إحالته إلى التحكيم من المنازعات ويمكن ـ في نظرنا ـ وضع قاعدة عامة في هذا الأمر، وهي أن كل ما يعتبر من النظام العام الأردني وما لا يجوز التعامل فيه يخرج من نطاق التحكيم، وبالتالي فجميع المنازعات المالية غير الجنائية يجوز عرضها على التحكيم.

٣٠٨ ـ المحكم:

ذهب القانون الأردني في تنظيمه الوضع القانوني للمحكمين مذهباً غريباً تماماً عن مذاهب نظرائه من القوانين العربية:

أ ـ فقد أخذ القانون الأردني بنظام المحكم الفيصل نقلاً عن القانون الإنجليزي Arbitration Act 1950، وأعطاه سلطات واسعة تأسياً بذلك القانون.

ب ـ لم يشترط القانون الأردني أن يكون عدد المحكمين وتراً بل أجاز أن يكون العدد زوجياً أو فردياً.

ج ـ جعل القانون الأردني الأصل عند عدم تعيين المحكمين بأسمائهم أن يكون المحكم فرداً واحداً. وهو ذات مذهب القانون الإنجليزي.

فالقانون الأردني وإن جعل حرية الإرادة ـ إرادة طرفي الخصومة ـ هي المعيار في تعيين المحكمين فإن القانون نفسه تولى تحديد عدد المحكمين عند تخلف هذه الإرادة بأن جعله فرداً واحداً وفي هذه الحالة لا مجال لتعيين المحكم الفيصل.

فمتى إذاً يعين المحكم الفيصل؟ يعين المحكم الفيصل في حالات عديدة ويكون مرجعها إما إرادة طرفي التحكيم وإما إرادة المحكمة، وإما إرادة المحكمين أنفسهم، فالأطراف يعينون المحكم الفيصل إذا اتفقوا ابتداء على التحكيم، وينتقل هذا الحق منهم إلى المحكمين[1]، وذلك أثناء مباشرتهم التحكيم في حالة عدم توصلهم إلى حكم فإنهم يخطرون من اختاروه فيصلا ليقوم بمهام التحكيم. فهو في هذه الحالة إما أن يكون مشتركاً معهم منذ بداية النزاع وإما ألا يكون.

وينتقل هذا الحق إلى المحكمة المختصة إذا امتنع المحكمون أو أحد الأطراف عن تعيين الفيصل، فتقوم المحكمة بالتعيين بعد إنذار الطرف المقصر وبعد تقديم طلب للمحكمة بذلك[2].

٣٠٩ ـ مهام المحكم الفيصل:

للمحكم الفيصل مهام واسعة فهو صاحب الكلمة الأولى والأخيرة في النزاع التحكيمي إذا عجز المحكمون الآخرون عن إصدار الحكم، أو إذا انقضت المدة دون تمكنهم من الوصول إلى حكم، فيتولى هو أمر النظر في

---

(١) المادة (٥) من قانون التحكيم الكويتي. وفي انتقاد هذا النظام، راجع: محمد سليم العوا، «التحكيم في قوانين البلاد العربية (نظرة عامة)» مؤتمر التحكيم الدولي الأول في عمان، ص١٣.

(٢) المادة (٧) من قانون التحكيم الأردني.

التحكيم وإصدار الحكم المناسب لعقيدته، هذا بالإضافة إلى توليه لمهام المحكمين العادية في سبيل الوصول إلى حكم، من تحليف الشهود وإلزام الخصوم بتقديم مستنداتهم. «والفيصل ـ في القانون الإنجليزي ـ أما أن يعين ليرأس هيئة التحكيم فيكون عندئذ أقرب إلى الحكم المرجح مع سلطة زائدة يُخول بمقتضاها الفصل في النزاع برأيه هو، وإما أن يعين ليتولى الفصل في النزاع إذا تعذر على المحكمين الاتفاق على قرار فيه. ويجوز أن يحدد الاتفاق التحكيمي شروط عمل الفيصل ومدى حقه في حضور جلسات التحكيم التي يعقدها المحكمان، ومتى يحل محل المحكمين المعينين. فإذا خلا الاتفاق من بيان شيء من ذلك طبقت نصوص القانون الذي يتضمن قواعد غير آمرة ـ مكملة ـ لتنظيم عمل الفيصل»[١]. وهذه هي نفسها القواعد التي أخذها القانون الأردني في شأن المحكم الفيصل.

٣١٠ ـ إصدار الحكم:

ويصدر المحكمون حكمهم بالإجماع عند تعددهم في مدة أقصاها ثلاثة أشهر إلا إذا نص اتفاق التحكيم على غير ذلك، فالخصوم لهم تحديد مدة التحكيم أو تفويض المحكمين في ذلك، ويمكن تفويض المحكمة المختصة أيضاً في هذا[٢]، ويحق لهم كذلك تفويض المحكمين في إصدار حكمهم بالأغلبية.

فالتحكيم يخضع في الأصل لسلطان الإرادة وينزل عندها فيما لا يخالف القانون، كذلك للمحكمة ذات السلطة سواء في تفويض المحكمين الحكم بالأغلبية أو في مد مدة التحكيم أو في تفويضهم بذلك[٣].

ومجلة الأحكام العدلية لم تعرف لا نظام المحكم الفيصل ولا تلك

---

(١) محمد سليم العوا، «التحكيم في قوانين البلاد العربية (نظرة عامة)»، ص١٢ ـ ١٣. وراجع نصوص قانون التحكيم لسنتي ١٩٥٠ و١٩٩٦ على التوالي في بريطانيا (مادة ٨ من القانون الأول وهي معدلة سنة ١٩٧٩ ومادة ٢٠ من القانون الثاني).

(٢) المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني.

(٣) يرى الدكتور محمد سليم العوّا أن مدة ثلاثة أشهر غير كافية لحسم أي نزاع وأن نصوص جواز مد المدة في القانون الأردني منتقدة لأنها لا تجعل لذلك حدّاً أقصى مما قد يؤدي إلى إطالة أمد التحكيم إلى ما لا نهاية، ص١٤ ـ ١٥.

السلطات الواسعة للمحكمة فيما يتعلق بالإشراف واتخاذ قرارات تخص التحكيم.

٣١١ ـ سلطة المحكمة المختصة في شأن التحكيم:

والقانون الأردني على خلاف القوانين العربية، وخلاف مجلة الأحكام العدلية، قد خول المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع سلطات واسعة في مجال المنازعة التحكيمية وهي:

١/٣١١ ـ الموافقة على الرجوع في اتفاق التحكيم (م ٤).

٢/٣١١ ـ تعيين المحكم الفيصل بناء على طلب أحد الأطراف في التحكيم (م ٧).

٣/٣١١ ـ تعيين محكم عن أحد الأطراف إذا امتنع هو عن تعيينه لأسباب غير قانونية.

٤/٣١١ ـ إجبار الأطراف على إبراز ما لديهم من مستندات بناء على طلب أحد الأطراف أو المحكمين أو الفيصل (م ٩).

٥/٣١١ ـ للمحكمة أيضاً إصدار أمر إحضار أحد الشهود من خارج المملكة الأردنية في التحكيم كما في الدعاوى العادية سواء بسواء (م ٩).

٦/٣١١ ـ لها إصدار قرار بتمديد الوقت المحدد للحكمين في إصدار حكمهم سواء انقضى الوقت الأصلي أم لم ينقض (م ١٠).

٧/٣١١ ـ لها إقالة المحكم المقصر في مهمته بناء على طلب الخصوم أو أحدهم إذا لم يقم بذلك أحدهم ولها تعيين سواه (م ١١).

٨/٣١١ ـ لها أن تحيل الدعوى التحكيمية مجدداً للمحكمين أو الفيصل لإعادة النظر فيها (م ١٢).

٩/٣١١ ـ لها فسخ حكم المحكمين في حالات هي:

أ ـ صدوره بناء على اتفاق باطل.

ب ـ تجاوز المحكمين مدة التحكيم أو خروج المحكم عن حدود الاتفاق.

ج ـ إذا كان أحد الأطراف أو المحكمين أو الفيصل محجوراً عليه أو ناقص الأهلية أو فاقدها.

د ـ إذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا أصلاً طبقاً للقانون (م ١٣).

١٠/٣١١ ـ المحكمة هي الجهة التي تصدق على قرار المحكمين لتنفيذه (م ١٥و١٦).

١١/٣١١ ـ لها تعديل قرار المحكمين أو الفيصل في تقدير أتعابهم (م ١٩).

وهذه الهيمنة الواسعة لمحكمة الموضوع على العملية التحكيمية لا يعرفها أي من القوانين العربية ولم تعرفها المجلة أيضاً، اللهم إلا إذا اتفق الخصوم على ذلك باعتبار أن سلطان الإرادة هو المنشئ للتحكيم في الأصل حسب نصوص المجلة ومفهومها.

وهذه المعالم المميزة لقانون التحكيم الأردني مأخوذة من الإنجليزي القديم (١٩٥٠)، قبل صدور قانون التحكيم الجديد عام ١٩٩٦م.

٣١٢ ـ الحكم:

يصدر الحكم كتابة كما نصت المادة (٥) من قانون التحكيم الأردني في فقرتها الثالثة: «٣ ـ يصدر المحكمون قرارهم خطياً...». ويصدر الحكم متضمناً أسماء الخصوم وصفاتهم وبياناتهم وحججهم وأسباب الحكم وكل ما أدى بالمحكمين للوصول إلى حكمهم وكل البيانات الجوهرية في الأحكام وفقاً للقانون الأردني.

والأصل صدور الحكم بإجماع الآراء إلا إن وجد اتفاق على غير هذا، أما لو عجز المحكمون عن الوصول لحكم فهنا يعين المحكم الفيصل الذي يتولى حسم النزاع.

والقانون الأردني يتبنيه الرأي القائل بوجوب صدور الحكم إجماعاً كأصل عام يماثل مجلة الأحكام العدلية.

والحكم معرض للفسخ في الحالات التي سبق ذكرها في سلطة محكمة الموضوع على النزاع التحكيمي. والمادة (١٧) من قانون التحكيم الأردني تعطي الحكم قوة القضية المقضية متى صدر تصديق المحكمة عليه فهو عندئذ حسب نص تلك المادة«..ينفذ بالصورة التي ينفذ عليها أي حكم أو قرار».

والتحكيم الأردني بنظامه السابق وإن كان شديد الاقتراب من القانون الإنجليزي فإنه كذلك يقترب من المجلة في أمور عدة هي:

١/٣١٢ ـ عدم اشتراطه عدداً محدداً في المحكمين زوجياً كان أو فردياً.

٢/٣١٢ ـ حرصه على سلطان الإرادة سواء في تعيين المحكمين أو تمديد مدة التحكيم أو العدول عن التحكيم بإجماعهم على حين أن المجلة أعطت كلاً منهما حق العدول منفرداً.

٣/٣١٢ ـ القانون الأردني أوجب صدور الحكم في المدة المحددة سلفاً له والمتفق عليها بين أطرافه وإلا اعتبر غير نافذ في حقهم.

٤/٣١٢ ـ أعطى القانون الأردني السلطة المطلقة للمحكمين في استخدام جميع وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود.

فهكذا نجد أن المشرع الأردني مع اقتباسه الملحوظ من القانون الإنجليزي للتحكيم لسنة ١٩٥٠م قد اقترب كثيراً من المجلة العدلية.

المبحث الرابع

قانون التحكيم العراقي

٣١٣ ـ تنظيم التحكيم في قانون المرافعات:

تنظم التحكيم في العراق بعد مجلة الأحكام العدلية قانون المرافعات الصادر عام ١٩٥٦، ونظراً للصعوبات التي واجهت المتعاملين به فقد عدل نظام التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد الصادر عام ١٩٦٩ من المادة (٢٥١) إلى المادة (٢٧٦).

والقانون المدني العراقي يضع الشريعة الإسلامية مصدراً ثانياً للقوانين بعد التشريع، آخذاً من جميع المذاهب الفقهية كما نص على ذلك في الباب التمهيدي للقانون المدني العراقي، وهكذا فإن واضعي قانون المرافعات العراقي وهم بصدد تعديله جعلوا الفقه الإسلامي نصب عيونهم[١].

٣١٤ ـ أطراف التحكيم:

اشترط قانون المرافعات العراقي في المادة (٢٥٤) لصحة التحكيم أن يقع ممن له أهلية التصرف في حقوقه عامة، ولم يذهب إلى ما ذهب إليه نظيره الكويتي من اشتراط توافر أهلية التصرف في الحق محل التحكيم وإنما هو كالقانون الأردني وكمجلة الأحكام العدلية اللذين اتخذا هذا الموقف نفسه.

أما المصالح والهيئات الحكومية فلها كامل الأهلية والحق في اللجوء إلى التحكيم «فهناك عقود عديدة اتفقت فيها مؤسسات الدولة مع جهات أجنبية في

---

(١) ذلك على الرغم من أن الدستور العراقي الصادر في ١٩٦٥ لا يجعل الشريعة مصدراً من مصادر القانون، وإنما نص على كون الإسلام هو الدين الرسمي للدولة في مادته رقم (٤).

صفقات تجارية على وضع شرط حل النزاع بالتحكيم...»[1].

٣١٥ ـ المواضيع القابلة للتحكيم:

تنص المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي على أنه: «لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح... ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية».

فالنص السابق يقرر ذات القاعدة التي اتبعها القانون الكويتي وقال بها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي أنه لا يجوز التحكيم إلا فيما يجوز فيه الصلح، فما يخرج عن إمكانية الصلح لا يصح أن يكون محلاً للتحكيم، وأجاز النص كذلك التحكيم بين الزوجين وفقاً لما جاءت به الشريعة الإسلامية، وقد وضع له حكماً خاص إذ استثنى المحكمين بين الزوجين من قاعدة العدد الوتري، ورغم عدم تعرض المجلة لمسألة التحكيم بين الزوجين لأنها لم تعالج الأحوال الشخصية أصلاً فإن هذا النوع من التحكيم كان معمولاً في الدولة العثمانية به واستمدت أحكامه من الفقه الحنفي.

٣١٦ ـ اتفاق التحكيم:

نصت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي على أنه: «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين».

كما تنص المادة (٢٥٢) من ذات القانون على أنه: «لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو أقرت المحكمة اتفاق الطرفين أثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم».

---

(١) د. فوزي سامي، نبذة مختصرة عن التحكيم في العراق، محاضرة ألقيت في بيروت في الدورة التدريبية التحكيم التجاري الدولي، المنعقدة من ٤ إلى ٧ أغسطس ١٩٩٧.
وانظر في مزيد من التفاصيل عن قانون التحكيم العراقي: الدكتور أحمد أبو الوفا، «التحكيم في القوانين العربية»، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٨م، (بعد وفاة المؤلف رحمه الله) ص١٥٣ ـ ١٦٧.

وتنص المادة (٢٥٣) أيضاً على أنه: «١ ـ إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما لا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم. ٢ ـ ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى، جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً...».

من النصوص السابقة نخلص لما يلي:

١/٣١٦ ـ أجاز المشرع العراقي اتفاق التحكيم السابق على نشأة النزاع كما أجاز أيضاً الاتفاق اللاحق به. أي إنه أجاز شرط التحكيم ومشارطته.

٢/٣١٦ ـ اشترط الكتابة لإثبات اتفاق عقد التحكيم.

٣/٣١٦ ـ الاتفاق على التحكيم قد يقع أمام المحكمة في أثناء نظر النزاع، فيتفق الخصوم على إحالة النزاع إلى التحكيم وعندها تقرر المحكمة استبعاد الدعوى من الرول (اعتبارها مستأخرة) لحين صدور قرار المحكمين.

٤/٣١٦ ـ يجوز بعد الاتفاق على التحكيم رجوع طرفيه عنه وإحالتهما دعواهما إلى القضاء ويكون ذلك عند رفع أحد الخصوم النزاع للقضاء وعدم تمسك الطرف الآخر بالتحكيم، فعندها تنظر المحكمة النزاع ويعتبر شرط التحكيم لاغياً.

والمجلة تتفق مع التشريع العراقي فيما ذهب إليه سابقاً، ورغم عدم اشتراط المجلة الكتابة صراحة لإثبات التحكيم فإن مفاد نصوصها أن ذلك مطلوب لما ذكرناه في موضعه من هذه الرسالة.

٣١٧ ـ المحكمون:

وضع القانون العراقي عدة قواعد تتعلق بالمحكم في المادة (٢٢٥) هي على التوالي:

«١ ـ لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء.

٢ ـ لا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره».

ويفترض النص السابق وجوب تمتع المحكم بأهليته كاملة. ويفيد أيضاً أن القانون العراقي لم يشترط أن يكون أحد المحكمين من رجال القانون فيجوز أن يكون المحكم غير قانوني.

وقد اشترط المشرع العراقي لصحة التحكيم أيضاً أن يكون عدد المحكمين وتراً إلا في حالة التحكيم بين الزوجين لأن القاعدة الشرعية فيها توجب بعث حكم من أهله وحكم من أهلها. والأصل في تعيين المحكمين أنه رهن بإرادة أطراف التحكيم، أما إذا امتنع أحد الأطراف لأي سبب كان عن تعيين محكمه فيكون لأي من الآخرين رفع الأمر للمحكمة لتعين المحكم الذي تراه مناسباً.

٣١٨ ـ جواز التفويض بالصلح:

وأجاز القانون العراقي تفويض المحكمين بالصلح، ولم يشترط لذلك معرفة المحكمين قبل الشروع في التحكيم كما اشترط نظيره الكويتي، وجعل إثبات قبول المحكم مهمته إثباتاً كتابياً إلا في حالة تعيين المحكمة إياه، ولا يجوز للمحكم التنحي بغير عذر مقبول ولا يحق لأحد الخصوم منفرداً عزله، بل يجب اتفاق الجميع، ويرد المحكم في القانون العراقي لذات الأسباب التي يرد بها القاضي.

٣١٩ ـ وجوب التزام مدة التحكيم وشروطه:

ويلتزم المحكمون بالفصل في النزاع في المدة المقررة اتفاقاً أو قانوناً، ويلتزمون وهم بصدد الفصل في النزاع بما نص عليه من شروط في عقد التحكيم.

ويتولون جميعاً النظر في جميع ما يخص التحكيم من إجراءات إلا في حالة ندبهم أحدهم منفرداً للقيام بشيء ما على أن يحددوه في قرار الندب.

والقانون العراقي لم يخرج عن المجلة العدلية سوى في اشتراط أن يكون العدد وترا أما فيما ذهب إليه القانون مما سوى ذلك فإنه يتفق مع اتجاه المجلة سواء في إلزام المحكمين بالمدة المحددة لهم أم في تفويضهم بالصلح؛ بينما اختلف مع المجلة في اشتراطه إجماع الفرقاء لعزل المحكم على عكس المجلة التي أجازت لكل منهم عزله ولو منفرداً عن الآخرين.

٣٢٠ ـ الحكم:

يطلق القانون العراقي على الحكم الصادر من المحكمين مصطلح قرار وقد جعل له نظماً وأوضاعاً هي:

١ ـ الأصل التقيد في جميع الإجراءات السابقة على صدور الحكم، بقواعد قانون المرافعات، إلا إذا اتفق الخصوم على غير ذلك.

٢ ـ المحكمون المفوضون بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون ولا يلزمهم إلا ما تعلق منها بالنظام العام.

٣ ـ يصدر حكم المحكمين صحيحاً إذا صدر بالأغلبية أو بالإجماع وشرط صحته في الحالين أن يكون صدور الحكم بعد مداولتهم جميعاً فيه.

٤ ـ يشتمل الحكم على ملخص اتفاق التحكيم، وأقوال الخصوم، ومستنداتهم.

٥ ـ يسبب الحكم ويتضمن المكان والزمان الذين صدر فيهما ويذيل بتوقيع جميع المحكمين.

٦ ـ يسلم كل من الخصوم صورة من الحكم.

٧ ـ يسلم أصل حكم المحكمين وأصل اتفاق الخصوم إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ليتم التصديق عليه.

٨ ـ يتوقف تنفيذ قرار المحكمين على تصديق المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

٩ ـ هناك حالات محددة يمكن للمحكمة فيها التصدي للحكم الصادر من المحكمين وإبطاله دون طلب الخصوم، وهذه الحالات نفسها يجوز لأحد الخصوم طلب إبطال الحكم بناء عليها، وهي:

أ ـ إذا كان صدوره بناء على اتفاق أو كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق.

ب ـ إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم.

ج ـ إذا تحقق سبب من أسباب إعادة المحاكمة.

د ـ إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار.

١٠ ـ البطلان الذي يعيب الحكم التحكيمي قد يعيبه جميعه أو في جزء منه فقط.

١١ ـ للمحكمة إعادة الحكم إلى المحكمين مرة أخرى لإصلاح ما شابه من أخطاء، وخيارها الآخر أن تتصدى للموضوع وتحكم هي فيه.

١٢ ـ الحكم التحكيمي غير قابل للاستئناف فلا يقبل الطعن عليه إلا بدعوى البطلان.

٣٢١ ـ بين المجلة والقانون العراقي:

الأوضاع السابقة للحكم في القانون العراقي تقترب به كثيراً مما هو مقرر في المجلة، فالحكم التحكيمي لا ينقض في المجلة إلا عند مخالفته للأصول الشرعية التي لا تخرج في حقيقتها عن حالات البطلان المقررة للحكم التحكيمي في القانون العراقي.

ولا يطبق الحكم التحكيمي وفقاً لمجلة الأحكام إلا بعد تصديق القاضي عليه، ولكن الحكم التحكيمي لا يصدر إلا إجماعاً وليس بالأغلبية كما في القانون العراقي، وإن جاز ذلك فلا يكون إلا باتفاق الفرقاء إعمالاً لنص المادتين (١٨٤٤) و(١٨٤٥) من المجلة[١].

ولم تتعرض المجلة لمسألة البطلان الجزئي، غير أنه يمكن النظر إليها في ضوء ما قاله الفقهاء عند تعرض الحكم إما لخصومة لم يعرضها الخصوم على هيئة التحكيم وإما لطرف ليس له علاقة بالخصومة التحكيمية فعندها إذا كان يمكن الحكم ببطلانه في جزء منه فقط دون أن يؤثر ذلك على صلب الحكم فينفذ الحكم فيما عدا جزئه الباطل، فمبنى القانون العراقي لا يبتعد كثيراً عن المجلة إلا في جزئيات فرضها الواقع أو المصادر الأخرى التي تأثر بها إلى جوار المجلة.

---

(١) راجع ما سبق عند الكلام عن حكم التحكيم في مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الخامس

قانون التحكيم السوري

٣٢٢ ـ تأثير القانون المصري:

«نظام التحكيم السوري متأثر بالشرع الإسلامي وبنظام التحكيم المصري (الذي كان منصوصاً عليه في قانون المرافعات) ويكاد يكون منقولاً عنه»[١].

والتحكيم في سوريا ـ شأنه شأن كثير من نظم التحكيم في الدول العربية ـ نوعان، الاختياري والإلزامي أو الإجباري، وسنعرض في السطور التالية للتحكيم الاختياري لأن موضوعات التحكيم الإلزامي تخرج عن نطاق هذه الرسالة[٢].

وقد عالج التحكيم في سوريا قانون أصول المحاكمات المدنية، فبعد أن كانت قواعد التحكيم بمجلة الأحكام العدلية قد ألغيت بالقانون المدني الصادر عام ١٩٤٩م، رأي المشرع أن ينص عليه بعد أن أدخل عليها أسساً جديدة تجمع بين المرونة والاعتدال. كما تعالج أنواع التحكيم الإجباري قوانين خاصة تنظم أنواع العلاقات التي يجب فيها هذا التحكيم.

---

(١) د. عبد الحميد الأحدب، «موسوعة التحكيم» ص٢٨٨. ونصوص قانون المرافعات المعنية هي نصوص قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ وقد حلت محلها نصوص المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات الحالي الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، ثم ألغيت بدورها بصدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢) التحكيم الإجباري يجري في بعض المنازعات في سوريا بالنسبة لدعاوى التفريق بين الزوجين ودعاوى عقود مبايعات وزارة الدفاع، ودعاوى العمل، ودعاوى تحديد قيمة الأراضي والعقارات التي تنزع ملكيتها (الاستملاك)، والخلافات الجمركية ومنازعات الشركات العامة والمؤسسات العامة فيما بينها أو مع الغير. الدكتور عبد الحميد الأحدب «موسوعة التحكيم»، ص٢٨٩ ـ ٢٩١.

وقد صدر قانون أصول المحاكمات السوري في ١٩٥٣/٩/٢١ ونظم التحكيم في بابه الرابع من المادة ٥٠٦ إلى المادة ٥٣٤[(١)] وسنعرض لأحكام القانون الموضوعية مقارنة بالمجلة وذلك على النحو الآتي:

٣٢٣ ـ أطراف التحكيم:

نصت المادة ٥٠٦ من قانون أصول المحاكمات على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم واحد أو أكثر ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين وبشروط خاصة».

ونصت المادة ٥٠٧ من القانون نفسه على أنه: «لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو بالجنسية أو بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح».

من النصوص السابقة يتضح أن القانون السوري قد وضع قاعدتين في شأن طالب التحكيم هي:

١ ـ كل طرفي عقد يحق لهم أن يقررا عرض ما قد ينشأ بينهما من نزاع على التحكيم.

٢ ـ التحكيم لا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه.

أما أهلية المصالح الحكومية والأشخاص المعنوية في اللجوء إلى التحكيم، فإن القانون السوري كان صريحاً في هذا، إذ نصت المادة ٤٦ من المرسوم التنظيمي رقم ١٩٥ الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٤/٢٥م تنفيذاً لأحكام

---

(١) والشريعة الإسلامية ليس لها تأثير مباشر على التحكيم المنظم بقواعد المرافعات، وإن كان لها تأثير على غيره من أنواع التحكيم الأخرى في سوريا. لا سيما التحكيم في العلاقات الزوجية الذي ينظمه قانون الأحوال الشخصية

Samir Saleh, Commercial Arbitration in the Arab Countries & the Middle East, Graham & Trotman, 1st Ed,1984, P97.

والتحكيم في القانون السوري مستمد من نصوص قانون التحكيم المصري القديم، فيما عدا استثناءات طفيفة.

انظر الدكتور أحمد أبو الوفا، «التحكيم الاختياري والإجباري»، ص١٦٨ ـ ١٦٩.

المرسوم التشريعي رقم ١٨ الصادر بتاريخ ١٥/١٢/١٩٧٤م والمتعلق بعقود شركات وهيئات القطاع العام على «أن البت في النزاعات الواردة في البنود ٢، ٣، ٤ من الفقرة أ من هذه المادة وهي المتعلقة بغرامات التأخير واستحالة تنفيذ العقد والظروف الطارئة، يكون بطريق التحكيم»[١].

«والشريك في الشركة يمكنه الاتفاق على التحكيم في قضاياه الخاصة لأنه يتمتع بأهلية التعاقد، في حين أنه بشأن الشركة لا يملك سلطة الانفراد عنها والتوقيع على التحكيم»[٢].

وبذلك يكون لممثلي الأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم وكذلك كل من نصت عليهم المادة السابقة.

فالقانون السوري يكون قد اشترط في طرفي التحكيم ليصح لجوؤهم إلى التحكيم أن يتمتعا بأهلية التصرف العامة[٣]. وهو في هذا يكون قد أخذ بمنهج مجلة الأحكام العدلية.

٣٢٤ ـ ما يجوز فيه التحكيم:

وضع المشرع السوري قاعدة عامة، فأجاز التحكيم في كل ما يجوز الصلح فيه عدا مسائل الأحوال الشخصية والجنسية بمقتضى نص المادة (٥٠٧) من قانون أصول المحاكمات السورية. وجعل البطلان جزاء عدم تحديد موضوع النزاع في صك التحكيم. ولا يتجاوز المحكمون مهمتهم التي اتفق عليها الخصوم.

وقد وافق القانون السوري المجلة العدلية في النقاط الثلاث السابقة، اللهم إلا في مسألة عدم خضوع مسائل الأحوال الشخصية والجنسية للتحكيم فلم تذكر المجلة شيئاً في هذا الصدد.

---

(١) الأستاذ مظهر العنبري «في اتجاهات التحكيم الحديثة في القانون السوري»، ص١٠. بحث ألقاه في الدورة التدريبية عن التحكيم التجاري الدولي، بيروت ٤ ـ ٧ أغسطس ١٩٩٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر المواد أرقام (٥٠٧) و (٥٠٨) من قانون أصول المحاكمات السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣.

٣٢٥ ـ اتفاق التحكيم:

لا يثبت التحكيم إلا كتابة كما نصت المادة ٥٠٩ من قانون أصول المحاكمات السوري ويحدد موضوع النزاع إما في اتفاقية التحكيم وإما في أثناء المرافعة وإذا كان المحكمون مفوضين بالصلح فلا يمكن أيضاً الإعفاء من هذه الشروط.

والمشرع السوري اعتبر الاتفاق السابق على النزاع واللاحق له صحيحين، واعترف بالشرط التحكيمي في العقد الأصلي، كما اعترف بالاتفاق التحكيمي المنفصل ووضع له قواعد خاصة، كأن يذكر فيه موضوع النزاع، وبذلك يكون المشرع السوري قد اشترط وجود اتفاق لاحق للنزاع منفصل عن العقد الأصلي الذي قد يحتوي بدوره شرطاً تحكيماً.

وموقف مجلة الأحكام العدلية من الشرط التحكيمي سبق إيضاحه فهي تقبل به بشروط وتقبل الاتفاق اللاحق على النزاع.

٣٢٦ ـ المحكمون:

نصت المادة (٥٠٨) من قانون أصول المحاكمات السورية على أنه: «لا يصح أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية».

ويعتبر المحكوم عليهم بعقوبات جنائية في حكم المحجور عليهم، وكل من يقوم به أحد عوارض الأهلية لا يحق له الجلوس على منصة التحكيم، وكما ذكرنا آنفاً فإن المجلة العدلية تشترط في المحكم شروط القاضي بما فيها الأهلية.

٣٢٧ ـ تعدد المحكمين وتعيين المحكمة لهم وعزلهم وتنحيتهم:

تنص المادة ٥١١ من القانون نفسه على أنه: «إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً». فالقانون السوري يجيز تعدد المحكمين بشرط أن يكون العدد فردياً، عكس المجلة التي تجيز التعدد دون اشتراط طبيعة عددية معينة فيه.

وتعطي المادة (٥١٢) الحق للمحكمة في تعيين محكم بناء على طلب

تعجيل مقدم لها من أحد الخصوم إذا امتنع أحد المحكمين الأصليين عن العمل أو اعتزل وذلك شريطة أن يكون العدد المعين من قبل المحكمة هو نفسه المتفق عليه أصلاً.

والمحكم الذي يعينه الخصوم تثبت موافقته كتابة والمحكمون المعينون من الأطراف لا يجوز عزلهم إلا بموافقة الأطراف جميعاً على العزل. وليس للمحكم التنحي بعد قبول مهمته دونما سبب معقول وإلا حكمت عليه المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع بالتعويضات المناسبة عن الخسائر الناجمة عن تنحيه. ويجوز رد المحكمة لذات الأسباب التي يرد بها القاضي.

ومجلة الأحكام العدلية تعطي الحق للمحكمة ممثلة في القاضي الذي يعينه السلطان في التصديق على تعيين المحكم، وفي هذه الحالة يقيد حق الخصوم في عزله بموافقة القاضي الذي عينه لأنه يعد نائباً عنه. ويعزل أي من الخصوم من اختاره للتحكيم سواء كان العزل برضى الطرف الآخر أم بدونه.

٣٢٨ ـ موعد التحكيم وأداء المحكمين مهمتهم:

يلتزم المحكمون بالموعد الذي يتفق عليه الخصوم لإصدار الحكم وبالمدد والمهل القانونية، وأي تجاوز لهذا الموعد يصم الحكم بالبطلان، ويجوز عند مخالفتهم هذه القاعدة أن يطلب طرفا التحكيم من المحكمة تعيين محكمين جدد لمباشرة التحكيم. وللخصوم تفويض المحكمين بالصلح وفي هذه الحالة يعفى هؤلاء المحكمون من التقيد بقواعد أصول المرافعات والقانون، والأصل أن المحكمين يتقيدون بالأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم.

ويقوم المحكمون بأعمال التحكيم مجتمعين ما لم يكونوا قد ندبوا أحدهم للقيام بإجراء ما، وشرط صحة هذه الإنابة إثباتها كتابة في محضر التحكيم، ويصح الحكم لو صدر بأغلبية الآراء ولكن يجب إثبات ذلك فيه.

٣٢٩ ـ بين المجلة والقانون السوري:

يتضح مما سبق أن المشرع السوري قد أخذ بالأصل الذي أخذت به المجلة وهو أن المدة التي حددتها إرادة طرفي التحكيم للمحكمين لإصدار الحكم خلالها ملزمة، وكذلك وقف موقف المجلة من التحكيم بالصلح، ومن

ضرورة اجتماع المحكمين على كل ما يصدر عنهم في أثناء التحكيم، ولو أنه جعل ندبهم لأحدهم بإرادتهم فإن شراح المجلة جعلوا ندب أحدهم متوقفاً على تفويض الخصوم لهم في ذلك. وأخيراً خالف المشرع السوري المجلة في إجازته صدور الحكم بأغلبية الآراء على العكس من المجلة التي اشترطت الإجماع ما لم يفوضهم الأطراف في ذلك.

٣٣٠ ـ الحكم التحكيمي:[١]

يصدر الحكم كتابة بعد المداولة سواء بالإجماع أو بأغلبية الآراء، وهناك بيانات أساسية يجب أن يتضمنها الحكم هي:

١ ـ صورة صك التحكيم.

٢ ـ ملخص أقوال الخصوم.

٣ ـ مكان صدوره وتاريخه.

٤ ـ توقيع المحكمين.

والأصل أن يحدد أطراف التحكيم المدة التي يريدون أن يصدر الحكم خلالها، فإن لم يحدث، يصدر الحكم خلال ثلاثة اشهر من قبول المحكمين مباشرة التحكيم.

ويجوز الطعن بالاستئناف على حكم المحكمين، ولكن لا يجوز الطعن بأي حال عليه بالتمييز ـ النقض ـ ويسقط الحق في الطعن عليه بالاستئناف في الحالات الآتية:

١ ـ إذا تنازل عن ذلك الخصوم.

٢ ـ إذا فات ميعاده.

٣ ـ إذا كان موضوع التحكيم لا يقبل الاستئناف أصلاً.

يصدر الحكم ثم يودع أصله وأصل صك التحكيم دائرة المحكمة

---

(١) انظر نصوص قانون أصول المحاكمات السورية، مواد أرقام ٥٢١، ٥٢٧، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤.

المختصة ليتم التصديق عليه، ولتنفيذه يجب رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي أودع فيها الحكم بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة ليأمر بالتنفيذ.

يتضح مما سبق أن القانون السوري قد وافق المجلة فيما يلي:

١ ـ صحة الاتفاق اللاحق للنزاع بإحالته إلى التحكيم أو الشرط السابق.

٢ ـ الأهلية المشترطة للمحتكمين.

٣ ـ ضرورة تحديد موضوع النزاع، والمدة الممنوحة للمحكمين للفصل في النزاع يحددها الأطراف أصلاً.

٤ ـ إمكانية تعيين المحكمة المحكم بناء على طلب الخصوم.

٥ ـ صلاحية الخصوم في منح المحكمين مهلاً جديدة.

٦ ـ جواز تفويض المحكمين بالحكم صلحاً.

٧ ـ ضرورة كتابة الحكم ليتمكن القاضي من مراقبة صحته إذا طعن عليه أحد الأطراف.

٨ ـ جعل الهيمنة الأساسية على سير التحكيم لسلطان الإرادة. مما جعل القانون السوري شديد القرب من المجلة.

المبحث السادس

قانون التحكيم الإماراتي[1]

٣٣١ ـ نصوص قانون الإجراءات المدنية:

نظم التحكيم في دولة الإمارات قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ في شأن الإجراءات المدنية وذلك في مواده أرقام (٢٠٣) و (٢٠٤) و (٢٠٥) و (٢٠٦) و (٢٠٧) و (٢٠٨) و (٢٠٩) و (٢١٠) و (٢١١) و (٢١٢) و (٢١٣) و (٢١٤) و (٢١٥) و (٢١٦) و (٢١٧) و (٢١٨). وهناك قوانين تحكيم أخرى لبعض الإمارات تنظم أنواعاً مختلفة من التحكيم ولكن القانون العام الأساسي للتحكيم هو القانون الاتحادي سالف الذكر[2].

٣٣٢ ـ أطراف التحكيم:

اشترط المشرع الإماراتي مثل نظيره الكويتي أهلية التصرف في الحق محل النزاع فيمن يلجأ إلى التحكيم. وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٣) في فقرتها الرابعة، ولم تخص المادة بالذكر الأشخاص الاعتبارية غير أنه ليس هناك ما يمنع من لجوئهم إلى التحكيم.

واتجاه القانون الإماراتي في شأن الأهلية يخالف ما ذهب إليه مشرعو

---

(١) انظر: قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م، الطبعة الصادرة عن جمعية الحقوقيين.
وانظر في النظام السابق للتحكيم في دولة الإمارات قبل صدور القانون رقم (١١) لسنة ١٩٩٢، عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص٤٠ ـ ٧٦.

(٢) يجيز الدستور المؤقت لدولة الإمارات (مادة ١٥١) أن تصدر الإمارات تشريعات محلية بشرط عدم تعارضها مع التشريعات الاتحادية.

المجلة فهم لم يشترطوا أهلية التصرف في الحق محل التحكيم كما أوضحناه سالفاً وإن كانت الأهلية العامة التي اشترطوها تستوعب داخلها هذه الأهلية الخاصة.

والخصوم لهم الحق في إحالة الدعاوى الحالة أو المستقبلية إلى التحكيم ولهم أيضاً تحديد مهلة معينة يصدر الحكم خلالها ولهم الحق في تفويض المحكمين بالصلح بشرط كتابة أسمائهم في اتفاقية التحكيم (٢٠٥). ومثل القانون الإماراتي في ذلك مثل القانون في الكويت.

والاتفاق على التحكيم يقع بأية صورة ولكن لا يثبت إلا كتابة (مادة ٢٠٣/ ٢).

فالقانون لم يخرج عن حدود مجلة الأحكام العدلية فيما قرره للأطراف من حقوق وما اشترطه فيهم من شروط.

٣٣٣ ـ المحكمون:

لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره (نص المادة (٢٠٦)). وهذه هي بعض الشروط التي اشترطتها المجلة في المحكم حيث اعتبرت لازماً توافر ذات شروط القاضي فيه.

وأجاز القانون الإماراتي تعيين محكم فرد وأجاز تعدد المحكمين ولكن في هذه الحالة الأخيرة اشترط أن يكون عددهم وتراً، وهذا يخالف ما ذهبت إليه المجلة من عدم اشتراط الوتر في عدد المحكمين.

اشترط القانون الإماراتي لقيام المحكم بمهمته قبولها كتابة، وهذا الشرط الشكلي لم تتطلبه المجلة.

٣٣٤ ـ اتفاق التحكيم وما يجوز التحكيم فيه:

نصت المادة (٢٠٣/ ٤) على أنه: «ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها.......».

ويجيز القانون الإماراتي للمتعاقدين «بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة» (مادة ٢٠٣/ ١). وجاء في ذات المادة (فقرة ٢) النص على أنه: «ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى ولو

كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً . . .».

وقد اشترط القانون لإثبات الاتفاق الكتابة كما ذكرنا آنفاً.

ويقترب القانون الإماراتي من المجلة في:

١/٣٣٤ ـ إجازة التحكيم فيما يجوز فيه الصلح وهذا هو مفهوم نص المجلة التي تقرر أنه «يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس». فمنازعات المال هي ما يجوز الصلح فيه.

٢/٣٣٤ ـ أجاز القانون لأطراف التحكيم إحالة منازعات لاحقة أو حالة إلى التحكيم وهو ذاته مذهب المجلة مع تحفظها في إحالة المنازعات المستقبلية كما سبق أن أوضحنا.

٣/٣٣٤ ـ الاتفاق على التحكيم لا يثبت إلا كتابة في القانون الإماراتي وهذا اتجاه لم تذهب إليه المجلة.

٤/٣٣٤ ـ تحديد موضوع النزاع في الوثيقة أمر استلزمه القانون الإماراتي وهذا يوازي ما ذهبت إليه المجلة من وجوب التزام المحكم بحدود ما هو معروض عليه، ولا يثبت هذا عند إنكار الأطراف له إلا كتابة.

٥/٣٣٤ ـ أجازت المجلة لأي من الخصمين عزل المحكم وقد أجاز القانون الإماراتي رد المحكم لذات الأسباب التي يرد بها القاضي (المادة ٢٠٧/ ٤). والرد لا محل له في المجلة حيث إنه لأي من الأطراف الحق في عزل المحكم متى شاء.

٦/٣٣٤ ـ اشترط القانون الإماراتي (المادة ٢٠٨/ ٢) قيام المحكمين جميعاً عند تعددهم بمباشرة إجراءات التحكيم والتوقيع على الأوراق جميعاً، وهذا يوافق الأصل الذي ذهبت إليه المجلة من اشتراط اجتماعهم عند تعددهم إلا لو فوضهم الخصوم في غير ذلك، ولم يذكر المشرع الإماراتي أي أمر يتعلق بتفويض الخصوم المحكمين في ممارسة أعمالهم بالأغلبية.

٧/٣٣٤ ـ للمحكمين اتباع بعض وسائل القاضي في نظر التحكيم فمثلاً لهم تحليف الشهود (المادة ٢١١)، وهذا ما ذهبت إليه المجلة أيضاً.

٣٣٥ ـ مدة التحكيم وشروط الحكم:

قرر القانون الإماراتي للأطراف الحق في تمديد مدة نظر التحكيم وعلى

المحكم الالتزام بقرار الأطراف في هذا الشأن، وهذا ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية (١٨٤٦).

ويتقيد المحكم في قانون الإمارات بقواعد القانون إلا لو فوض بالصلح فيتقيد فقط بقواعد النظام العام، وكما قلنا إن الشريعة الوحيدة التي عرفتها المجلة هي الشريعة الإسلامية.

مفهوم نصوص مجلة الأحكام العدلية يشترط التسبيب والكتابة في الأحكام وهذا ما اشترطه القانون الإماراتي في مادته رقم(٢٠٢/ ٥).

يصدر الحكم التحكيمي حال تعدد المحكمين بأغلبية الآراء، وهذا الأصل يخالف ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية من أن الأصل صدوره بالإجماع إلا لو فوضهم الأطراف في غير ذلك.

٣٣٦ ـ سلطة المحكمة:

للمحكمة في القانون الإماراتي تعيين المحكمين إذا ما امتنع أحد الخصوم عن ذلك وللمحكمة تعيين العدد كاملاً أو مكملاً، وهذه السلطة ليس لها نظير في مجلة الأحكام العدلية.

إذا لم يصدر الحكم في موعده كان لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة التي تفصل فيه، وهذا حكم مختلف عن حكم القوانين العربية في التحكيم، ولكنه يقترب من فلسفة المجلة التشريعية لأن القضاء هو صاحب الولاية الأصلية، ففي حالة تقصير المحكمين يرجع إلى الأصل وهي المحكمة.

وعند عرض التحكيم على المحكمة للتصديق عليه لها أن تعيده للهيئة لتصحيح ما أغفلته أو لتوضيح الحكم، أما في المجلة فالقاضي لا يعيده لهيئة التحكيم وإنما يتصدى لإصلاح ما شابه من أخطاء لأنه صاحب الولاية الأصلية.

ولا ينفذ الحكم في القانون الإماراتي إلا بتصديق المحكمة عليه، أما في المجلة فالأصل تنفيذ الأطراف له رضاء، أما في غير هذه الحالة فليس هناك ما يمنع من رفعه إلى القاضي لتنفيذه جبراً عن الطرف الممتنع، إن وافق أصوله الشرعية.

الفصل الثاني

التحكيم بين القانون الإنجليزي ومجلة الأحكام العدلية

٣٣٧ ـ تمهيد: سبب المقارنة:

درسنا في الفصول السابقة من هذه الرسالة نظام التحكيم في الفقه الإسلامي، وفي مجلة الأحكام العدلية، وفي القوانين العربية التي تأثرت بالمجلة وهي قوانين البلاد التي طبقت المجلة فيها.

وقد تبين لنا من هذه الدراسة تقارب نظام التحكيم كما قررته المجلة مع نظم التحكيم العربية الحديثة.

ولا تكتمل النظرة إلى تشريع التحكيم ـ كما أوردته نصوص المجلة ـ إلا بمقارنتها بنظم التحكيم المعاصرة وهي الأكثر حداثة من النظم العربية، والأشد تأثراً بنظم التحكيم التجاري الدولي وسوابق المبادئ القضائية فيه، والاتفاقات والمعاهدات الدولية بشأنه.

وقد اخترنا القانون الأحدث صدوراً ـ من بين القوانين الدولية ـ وهو القانون الإنجليزي الصادر سنة ١٩٩٦ Arbitration Act 1996 باعتباره تعبيراً صادقاً عن قواعد التحكيم التجاري الدولي كما تطبقها وتقنن أحكامها الدول المتقدمة.

٣٣٨ ـ مقاربة بين المجلة والقانون الإنجليزي:

ويمتاز النظام الإنجليزي بأنه يشبه في نشأته النظام الفقهي الإسلامي، فكلاهما تطور عبر عقود متوالية ـ بل قرون ـ من خلال العمل التطبيقي القضائي والعمل التأصيلي الفقهي، فكانت استجابتهما للواقع المتغير أسرع من سواهما.

والقوانين التي صدرت منذ نشطت حركة التقنين في بريطانيا في منتصف الستينيات حتى الآن تضمنت في أغلبها قواعد عامة، وما يصدر عن المحاكم في إعمالها لهذه القوانين هي ضوابط التطبيق الملزمة والمفسرة. شأن منهجها في ذلك شأن مجلة الأحكام العدلية التي نظمت التحكيم بقواعد عامة تاركة التفاصيل للتطبيق ولإرادة المتعاقدين. فقد كان القانون الإنجليزي قبل صدور

قانون التحكيم لسنة ١٩٩٦م يقرر أن البدء في إجراءات التحكيم يتبع نشأة المنازعة، دون تحديد لكيفية النشأة فكان أن تتابعت أحكام المحاكم مقررة كيف تنشأ المنازعة من ذلك حكم لمحكمة الاستئناف قررت فيه أن الصمت قد يكون معبراً عن نشأة النزاع بأن قضت بأنه(١).

"If letters written by the plaintiff making some request or some demands and the defendant does not reply, then there is a dispute to arise, that the defendant should write back and say I don't agree..."

والدور الذي تقوم به القواعد الفقهية التي وضعتها المجلة، في موضع الصدارة من موادها، باعتبارها مرجعاً أساسياً شارحاً ومفسراً لنصوصها، يجد نظيراً له في أحكام المحاكم الملكية الإنجليزية منذ ما قبل عصر التقنين في أوروبا، إذ وضعت تلك المحاكم مجموعة كبيرة من القواعد العامة يتم من خلالها مباشرة تطبيق وتفسير القانون والنظر في القضايا المختلفة. وهذه القواعد الضاربة في القدم كانت أحد العمد التي قام عليها القانون الأنجلو ساكسوني وتطور، ولم تكن رغم هذا جزءًا من القانون وإنما كانت آلية تطويره وتحديثه(٢).

هذه العوامل السابقة تجعل محاولة المقارنة بين النظام الإنجليزي للتحكيم وبين المجلة، أكثر وضوحاً وموضوعية.

٣٣٩ ـ تقسيم:

يتوزع بحثنا في هذا الفصل على ثلاثة مباحث؛ المبحث الأول نخصصه للحديث عن الخصائص العامة لقانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦، والمبحث الثاني نخصصه لدراسة دور المحكمة المختصة في ظل هذا القانون، والمبحث الثالث والأخير نخصصه للمقارنة بين أحكام القانون الإنجليزي وبين نصوص مجلة الأحكام العدلية.

---

(١) حكم محكمة الاستئناف في قضية

Ellerina Bros (pty) Ltd v klinger, 1982, Notes and Comments on Cases in Arbitration International, in Commercial Law, Clarendon Press, Oxford 1992, P. 18-20.

(٢) History of English law, University of London External Programme for LLB Degree, First Edition 1993, P2-4.

المبحث الأول

الخصائص العامة لقانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦[(١)]

٣٤٠ ـ التطور التشريعي:

صدر في إنجلترا خلال هذا القرن خمسة قوانين للتحكيم ـ قبل قانون ١٩٩٦م ـ يكمل بعضها بعضاً. كان أولها هو قانون سنة ١٩٣٤م، وثانيها هو قانون سنة ١٩٥٠م. ثم قانون سنة ١٩٧٥م ليعطي الفاعلية لمعاهدة نيويورك المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، ثم قانون سنة ١٩٧٩م الذي حدد حالات الطعن في أحكام التحكيم بالاستئناف أمام المحاكم وترك للأفراد حرية التعاقد

---

(١) انظر:

(1) Bruce Harris, Rowan Planterose. & Jonathan Tecks ,The Arbitration Act 1996 -A Commenttary, Blackwell Science, First Edition 1996.

(2) Richard Lord & Simon Salzedo, Guide to the Arbitration Act 1996, Cavendish Publishing Limited 1996.

(3) John Parris, Arbitration Principles and Practice, Granada, London 1983.

(4) Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L.Marriott,& Derek Wood, Hand Book of Arbitration Practice, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998.

(5) Harold Crowter, Introduction To Arbitration , First Edition , London 1998.

(6) Mark Huleath & James and Nicholas Gould, International Commercial Arbitration, Second Edition, London 1999.

(7) M.J. Chapman, Comercial & Consumer Arbitration , Blackstone Press 1997.

(8) Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Second Edition, Sweet & Maxwell, London 1992.

على استبعاده، وأخيراً قانون سنة ١٩٨٨م المتعلق بالتحكيم في منازعات المستهلكين .Consumer Arbitration Agreement

وقد تبنت كثير من دول الكومنولث البريطاني قانون سنة ١٩٥٠ دون تعديل يذكر، وقد أشرنا من قبل إلى تأثيره الظاهر على القانون الأردني. وقد أصبحت هذه القوانين في مجموعها غير ملبية لاحتياجات التطور التي تفرزها حركة التجارة الدولية، والانفتاح الذي يشهده العالم على نحو لم يحدث من قبل. فصارت إنجلترا مقراً غير محبذ لأي تحكيم تجاري دولي، فكان التغيير ضرورة، بما يغير هذا الواقع، وبما يقترب بالقانون الإنجليزي من القواعد الدولية، ليشجع على إعادة إنجلترا لخريطة المقار التحكيمية الدولية.

لذلك جاء القانون الإنجليزي الجديد الصادر في سنة ١٩٩٦م ليحل محل هذه القوانين الأربعة القديمة ـ عدا الجزء الثاني والجزء الثالث من قانون التحكيم الصادر سنة ١٩٥٠ ـ وليوحد بين قوانين التحكيم في ويلز وإنجلترا وأيرلندا الشمالية، مقترباً بالنظام الإنجليزي من قانون التحكيم النموذجي للأمم المتحدة (UNCITRAL)، الذي سارت على غرار قواعده كثير من القوانين الإقليمية الحديثة.

٣٤١ ـ تأثر قانون ١٩٩٦ بقواعد اليونسترال:

وقد أخذ القانون الجديد من قواعد UNCITRAL (34) مادة من مجموع مواده التي عددها ١٠٨ مادة، أي ما يقارب ثلث نصوص القانون.

واستحدث القانون الجديد مجموعة مبادئ كثيرة جديدة أهمها ما يأتي[(١)]:

١ـ سيطرة الأطراف على التحكيم بما يقرونه من شروط في اتفاقهم.

٢ ـ منح هيئة التحكيم سلطات لم تكن لها من قبل، كقدرتها على تحديد دائرة اختصاصها بل والفصل فيه.

---

(١) انظر في: حتمية التغيير الذي تحقق بصدور القانون الجديد:

Lord Justice Saville, in: Practical Arbitration Journal, March - April 1997, (the opening statement).

٣ ـ استقلالية اتفاق التحكيم وقيامه بذاته دون اعتماد على العقد الأصلي الذي تضمنه.

٤ ـ الحد من سلطة المحاكم الوطنية في الهيمنة على التحكيم فأصبحت القاعدة أن المحكمة تتدخل في أضيق الحدود.

وسوف نعرض لما يندرج تحت كل من هذه الخصائص المستحدثة في موضعه من الفقرات الآتية من هذا المبحث.

٣٤٢ ـ أطراف النزاع وسلطانهم على التحكيم:

يحق لكل من له اللجوء إلى القضاء اللجوء إلى التحكيم في القانون الإنجليزي، ولكن لابد لتحريك التحكيم والشروع في إجراءاته من وجود نزاع بين الأطراف[1].

وقد توسع القانون الجديد في منح سلطات شبه مطلقة لأطراف التحكيم، فأصبح لهم هيمنة كاملة عليه وعلى تسييره بالكيفية التي يرونها، ووفقاً لما يحددونه من ضوابط وشروط. وذلك على النحو التالي:

١/٣٤٢ ـ للأطراف حرية اختيار القانون المطبق على النزاع سواء كان القانون الإنجليزي أم أي قانون آخر، وبوسعهم ترك هذا الحق لهيئة التحكيم. وقد كان من حق هيئات التحكيم قبل بداية القرن العشرين في إنجلترا الحكم بقواعدها الخاصة غير ملزمة بالقانون ثم قيد هذا الحق بما صدر من قوانين[2].

٢/٣٤٢ ـ لهم حق تحديد الأثر المترتب على وفاة أحدهم من حيث استمرار التحكيم أو توقفه، فلم تعد القاعدة العامة أن الاتفاق على التحكيم ملزم للخلف، ولكن لو غاب اتفاق الأطراف التزام الخلف بكل ما يترتب عليه من نتائج.

٣/٣٤٢ ـ لهم تحديد عدد المحكمين وما إذا كان لهم رئيس أو محكم فيصل أم لا، وإن جعلوا للهيئة رئيساً فلهم تحديد سلطاته.

---

(١) انظر في تفاصيل ذلك:

Alan Redfern and Martin Hunter, International Commercial Arbitration, op. cit, p.9 (The Need for a Dispute).

(٢) (6) John Parris , op. cit. P.19.

٣٤٢/٤ ـ لهم الحق في تحديد ظروف انتهاء صلاحية المحكم للنظر في التحكم.

٣٤٢/٥ ـ لهم تمديد مدة النظر في التحكيم إن أرادوا ذلك.

٣٤٢/٦ ـ لهم الحق في الحد من سلطة هيئة التحكيم في الاستعانة بالخبرة وبالرأي التقني الذي قد يحتاج إليه للفصل في النزاع؛ وذلك إما بمنعها أصلاً من الاستعانة بأحد، أو بتعيين من يكون لها الحق في الاستعانة بهم.

٣٤٢/٧ ـ لهم في التحكيمات ذات الصفة الدولية التي تتخذ مقراً لها إنجلترا الاتفاق ابتداء على منع المحكمة المختصة من التعرض لما تعتقده خطأ في القانون في حكم التحكيم، وفي التحكيم الداخلي ينشأ لهم ذلك الحق بعد البدء في إجراءات التحكيم.

٣٤٢/٨ ـ من حقهم تحديد شكل الحكم والكيفية التي يصدر بها.

٣٤٢/٩ ـ لهم الاتفاق على قوة الحكم الصادر عن هيئة التحكيم وكيفية تنفيذه.

٣٤٣ ـ تقويم سلطة أطراف التحكيم:

هذه السلطات الواسعة للأطراف تندرج تحت أقسام ثلاثة هي:

١ ـ ما ينشأ لهم الحق في تنظيمه قبل مباشرة التحكيم، أي في اتفاقهم المبدئي، مثل تحديد مدة التحكيم، واختيار المحكمين.

٢ ـ ما ينشأ لهم الحق في تنظيمه أثناء مباشرة التحكيم، مثل حقهم في تمديد مدة التحكيم.

٣ ـ ما يتعلق الحق في تنظيمه بنوع واحد دون غيره من أنواع التحكيم، كحقهم في الاتفاق ـ ابتداء ـ في التحكيم غير الداخلي على منع المحكمة من النظر فيما خالف فيه حكم هيئة التحكيم القانون.

وهذه الحقوق بأنواعها المختلفة تعود بالتحكيم لدائرة العقود العامة، بأن تجعل تنظيمه رهناً بما تلتقي عليه الإرادات المكونة له أصلاً، وهذا الأصل مستمد من تنظيم قواعد اليونسترال للتحكيم، وهو قريب مما فعلته مجلة

الأحكام العدلية في تنظيم التحكيم فهي كما رأينا، أطلقت يد الأطراف في الاتفاق على جميع تفاصيل التحكيم، ولم تجعل لغيرهم دوراً أو إشرافاً عليه سوى فيما قد ينشأ للمحكمة في حالة طلب الخصوم ذلك أو تعرضها له بالصورة التي حددها القانون فتجده مخالفاً لمبادئ القانون.

وعلى ذلك أيضاً سارت معظم القوانين الحديثة.

٣٤٤ ـ اتفاقية التحكيم:

اشترط القانون في اتفاقيات التحكيم الكتابة لكن هل تبطل الاتفاقيات الشفهية؟ الواقع أنها لا تبطل ولكن لا تسرى عليها قواعد قانون تحكيم سنة ١٩٩٦م وإنما تسرى عليها القواعد العامة في القانون الإنجليزي (Common Law Rules) وذلك طبقاً لنص المادة (٨١). من القانون نفسه.

واتفاق التحكيم وفقاً لنص المادتين (٥) و(٦) من القانون نفسه يصح أن يكون:

١ ـ بنداً في عقد، أي شرط تحكيم.

٢ ـ اتفاقاً في عقد مستقل أي مشارطة التحكيم.

٣ ـ مكتوبة لو غير موقع من الأطراف.

٤ ـ مكتوباً في مراسلات أو مكاتبات متبادلة بين الأطراف.

٥ ـ إذا أقره الأطراف بصورة غير كتابية مع الإشارة لعقد مكتوب أو شرط مكتوب يعد اتفاقهم هذا كتابياً.

٦ ـ إذا تبادل الأطراف مكاتبات أكد فيها أحد الأطراف وجود التحكيم ولم ينكر الآخر في الرد وجوده اعتبر عقد التحكيم موجوداً كتابياً.

٧ ـ الإحالة في الاتفاق إلى نموذج عقدي تحكيمي أو إلى عقد به شرط تحكيمي تُعد اتفاقاً على التحكيم.

ولم يشترط القانون نشأة المنازعات عن التزامات تعاقدية بين الأطراف، بل أجاز الاتفاق على التحكيم ولو كانت المنازعات ذاتها غير تعاقدية (نص المادة ٥/١) أي ناشئة عن المسؤولية التقصيرية Tort.

ولم يقصر القانون الإنجليزي الاتفاق على التحكيم على نوع معين من المنازعات أو على وقت محدد لنشأتها فيحال إلى التحكيم سواء بالشرط التحكيمي أو المشارطة التحكيمية المنازعات اللاحقة لها والمنازعات القائمة عند الاتفاق على التحكيم بشأنها. أي يجوز الاتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع كما يجوز الاتفاق عليه بشأن نزاع مستقبل لم ينشأ بعد. وذلك وفقاً لنص المادة السادسة من القانون.

٣٤٥ ـ استقلال شرط التحكيم:

وقد أقر القانون في مادته السابعة مبدأ جديداً يعد انقلاباً في المنهج الإنجليزي في معالجة التحكيم، وهو مبدأ استقلال شرط التحكيم، وهو ذات المبدأ الذي قررته الأمم المتحدة في قانونها النموذجي في مادته رقم (١٦).

وما قرره نص المادة السابعة من استقلال شرط التحكيم يعني أن اتفاق التحكيم مستقل ومنفصل في وجوده واستمراره عن العقد الأصلي، فحتى لو بطل العقد الأصلي لا يبطل اتفاق التحكيم، (فيظل للأطراف الحق في طلب تعويضات وغيرها عن طريق التحكيم) وهذا يعد أحد المبادئ الجديدة في قوانين التحكيم، والتي صار الاتفاق عليها والاعتراف بوجودها يفرض نفسه على مختلف القوانين، وهو ما سوف نناقشه في ختام هذه الرسالة.

وكل ما يتعلق باتفاق التحكيم من شروط لا ينفذ إلا لو كان مكتوباً (مادة ٥)، فسواء أراد الأطراف تطبيق قانون معين أو تقييد حرية هيئة التحكيم فيما يتعلق بأمر ما فلا بد من كتابة هذا كله.

٣٤٦ ـ المحكمون:

وضع القانون الجديد في مادته رقم (١٥) ثلاث قواعد عامة هي:

١ ـ كل ما يتعلق بوضع المحكمين وعددهم واختيارهم قابل للتغير وفقاً لإرادة أطراف النزاع.

٢ ـ الأصل في عدم وجود اتفاق على عددهم أن تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد.

٣ ـ في حالة اتفاق الأطراف على عدد زوجي من المحكمين فمفهوم هذه

الحالة - إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف - وجوب اختيار محكم مرجح يكون عادة رئيساً للهيئة.

٣٤٧ - المواعيد الإجرائية وواجبات المحكمين:

تضمن القانون كثيراً من المواعيد الإجرائية، ففي حالة ما إذا كان المحكم فرداً، فللطرفين معاً اختياره خلال ٢٨ يوماً من طلب أحدهم اللجوء إلى التحكيم، أما في حالة الاتفاق على وجود محكمين فلكل طرف اختيار محكمه خلال ١٤ يوماً من طلب اللجوء إلى التحكيم، أما في حالة الاتفاق على ثلاثة محكمين فلكل طرف كذلك اختيار محكمه خلال ١٤ يوماً من طلب اللجوء إلى التحكيم، وبعد ذلك يتفق المحكمان المختاران على المحكم الثالث سواء كان (فيصلاً) أم رئيساً[١]، ولابد لصحة الإجراءات من اختيار المحكم الثالث قبل الشروع في أي إجراء سواء أكان موضوعياً أم شكلياً. ولا يقيد سلطة المحكمين في ممارسة التحكيم إلا اتفاق الأطراف، فحسب الأصل للمحكمين سماع الشهود، وإحالة ما يرونه من موضوعات إلى الخبراء، بل إن لهم اختيار القانون المطبق على النزاع، وهو الحق الذي انتزع قديماً من المحكمين الإنجليز بموجب قانون عام ١٦٩٨م[٢].

والأطراف لهم حرية اختيار محكميهم، دون اشتراط خبرة معينة أو درجة علمية في أيٍّ منهم[٣] والمحكم المرشح لابد أن يوافق كتابة على الترشيح، أما لو كانت لديه شروط معينة فعليه كتابتها إلى الطرف المعني الذي عليه الرد إما بالموافقة أو التعديل أو غيره[٤].

---

(١) سبق بيان دور الفيصل في شرح أحكام القانون الأردني. والمحكم الرئيس يقوم برئاسة الهيئة ويباشر جميع إجراءات التحكيم ويصدر القرارات الإجرائية المنوطة به في القانون أو الاتفاق، وهو - عادة - الذي يقوم بكتابة الحكم في صورته النهائية.

(٢) انظر في تفاصيل ذلك: هدى عبد الرحمن، «دور المحكم في خصومة التحكيم»، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ ص١٤٢ وما بعدها.

(٣) John Parris , op. Cit. P.20.

(٤) وإن كان الواقع العملي يثبت أن أغلب المحكمين يكونون من رجال القانون.

PWD Redmond & Peter Shears,General Princeples of English Law, Seventh Edition1997, p.61-63.

Harold Crowter ,Introduction to Arbitration, ,LLP, London 1998, p.21.

ووضع القانون قاعدة عامة لصدور أحكام وقرارات المحكمين وهي الأغلبية أو الإجماع ـ وتسري هذه القاعدة حتى في وجود رئيس للهيئة Chairman وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك بين الأطراف. (مادة ٢٠).

وفي حالة تعيين المحكم الفيصل (Umpire) فإنه يقع على عاتقه حضور جميع الجلسات التي يمثل فيها الأطراف، أما المداولة والقرارات فلا يشارك فيهما وتصدر القرارات من الآخرين، وتدخله يكون في حالة عجزهم عن الوصول إلى حكم، فيكتبون إلى الأطراف بذلك وإلى الفيصل أيضاً ويتراجعون عن إكمال نظر التحكيم والفصل فيه مفسحين المجال أمام المحكم الفيصل لإصدار الحكم. (مادة ٢١).

وللمحكم الحق في التنحي عن نظر التحكيم متى ارتأى ذلك، وللأطراف الحق في الاتفاق معه على كل ما يترتب على ذلك مسبقاً. فإذا لم يوجد اتفاق يرفع المحكم بذلك طلباً إلى المحكمة ـ بعد إخطار الخصوم ـ وتنظر المحكمة في الأمر فإن وجدت أسباب التنحي معقولة أعفته من المسؤولية وإلا ألزمته بما تكلفه الأطراف من نفقات. (مادة ٢٥)

الأصل كذلك أن المحكم يبقى محكماً حتى انتهاء التحكيم، ولكن قد يتفق الطرفان معاً على إعفائه من مهمته، وتنتهي مهمة المحكم كذلك بالوفاة، لكن وفاة الطرف الذي عينه لا تنهي مهمته ما لم يتفق الأطراف على غير هذا (مادة ٢٦).

ويقع على عاتق هيئة التحكيم التزام عام قررته المادة (٣٣) من القانون:

١ ـ بأن تعامل كلا الطرفين بعدالة تامة.

٢ ـ بأن تتيح لهما معاً كامل الفرصة لمناقشة وعرض موضوع التحكيم.

٣ ـ وأن لا تؤجل نظر التحكيم بدون داعٍ.

٤ ـ ولا بد لها أن تتبنى من الإجراءات ما يلائم طبيعة النزاع.

٣٤٨ ـ الاختصاص بالاختصاص:

وقد ترك القانون ـ في خطوة جديدة من نوعها ـ الحق للمحكمين في النظر والحكم في اختصاصهم من حيث صحة اتفاق التحكيم أو شروطه أو

سريانه (مادة ٥٠) وهذا هو ما يعرف باسم (الاختصاص بالاختصاص) وهو أمر كان محل خلاف في القانون الدولي للتحكيم إلى عهد قريب لكنه الآن أصبح موضع اتفاق بين النظم التحكيمية المؤسسية وتبناه قانون الأمم المتحدة النموذجي، وأخذته عن القوانين التي اقتفت أثره ومنها القانون الإنجليزي[1].

وفي ظل القانون الجديد يكون المشرع الإنجليزي قد أعطى للمحكمين سلطات واسعة أقرب ما تكون إلى سلطات القاضي حتى في اتخاذ كثير من الإجراءات ضد الخصوم إذا ما تقاعسوا عن تقديم المستندات أو ما يطلب منهم (مادة ٤١) كما أعطى القانون لهيئة التحكيم في إصدار الأوامر الوقتية. (مادة ٤٢).

٣٤٩ ـ الحكم في التحكيم:

الأصل هو اتفاق الأطراف على صورة صدور الحكم (مادة ٥٢)، وفي حالة عدم وجود اتفاق استلزم القانون صدور جميع الأحكام مشتملة على:

١ ـ مكان صدور الحكم.

٢ ـ تاريخ صدوره، ويتحدد بتاريخ توقيع آخر المحكمين عليه.

٣ ـ توقيع المحكمين الذين أصدروه عليه.

٤ ـ أسبابه.

وفي ظل القانون السابق (١٩٥٠) لم يكن لزاماً تضمن الأحكام لأسبابها إلا إذا طلب الأطراف هذا في اتفاقهم الأصلي. ويلاحظ أن اتفاق الأطراف لو منع تسبيب الحكم فهذا يجعل الطعن عليه لمخالفته القانون غير ممكن لعدم إمكان التوصل للأساس الذي بنى عليه هذا الحكم[2].

ويجوز لهيئة التحكيم إما إصدار حكم واحد في جميع تفاصيل النزاع، وإما إصدار أحكام متعددة نهائية في موضوعات النزاع المختلفة في حالة عدم وجود اتفاق يخالف هذا.

---

(١) والقانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة (٢٢). وانظر: د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال في «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية» ص٦٤٧ وما بعدها.

(٢) Bruce Harris, Rowar Planterose & Johathan Tecks ,The Arbitration Act 1966, Blackwell Science, ,Socond Edition, 1997, p. 202- 204.

وللهيئة إصدار أحكام مكملة للحكم الأصلي بعد منح جميع الأطراف مهلة كاملة لإبداء دفاعهم في وقت لا يتجاوز ٥٦ يوماً من صدور الحكم الأصلي. وجميع الأحكام المكملة والمصححة للحكم الأصلي تعتبر جزءًا لا يتجزأ من الحكم الأصلي.

ويمكن أن تصدر الهيئة تصحيحات في الأخطاء المطبعية والخطية بعد صدور الحكم بناء على طلب أحد الخصوم وبعد إعلان الآخرين بذلك ومنحهم مدة كافية لإبداء رأيهم في الأمر، في مدة أقصاها ٢٨ يوماً من تاريخ صدور الحكم الأصلي.

وليس لهيئة التحكيم الامتناع عن تسليم الحكم إلا في حالة احتجازها إياه مقابلاً لأتعاب أو مصاريف غير مدفوعة. ويجب أن يخطر الأطراف بالحكم بأن يسلم كل منهم أصلاً موقعاً من الهيئة.

والأصل ـ في حالة عدم وجود اتفاق مخالف ـ نفاذ حكم التحكيم في حق جميع الأطراف فور صدوره، دون أن يؤثر ذلك على حقهم في استئنافه إن كان هناك وجه لذلك.

المبحث الثاني

سلطة المحكمة المختصة في شأن التحكيم

٣٥٠ ـ إرادة طرفي التحكيم هي الأصل:

جاء قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة ١٩٩٦م مخالفاً لقانون ١٩٥٠ ـ الذي كان يعبر عن المبادئ المستقرة في القانون الإنجليزي ـ في شأن حق المحكمة في التدخل وممارسة سلطاتها بنوعيها الإجرائي والموضوعي تجاه التحكيم. وقد تمثل هذا في تقرير قانون سنة ١٩٩٦م قاعدة عامة لتنظيم التحكيم مؤداها:

أن الأصل في تنظيم أي أمر من أمور التحكيم هو إرادة أطرافه. وأن تدخل المحكمة لا يكون إلا في أضيق الحدود.

وقد غير هذا توجه قانون التحكيم الإنجليزي تماماً، وظهر فيه تأثر القانون الجديد (١٩٩٦) بقانون التحكيم النموذجي للأمم المتحدة. فبعد أن كانت هيمنة المحكمة شبه كلية على التحكيم مما أبعد المستثمرين عن اتخاذ إنجلترا مركزاً لتحكيماتهم، اضطر المشرع الإنجليزي، مسايرة للتغير العالمي في مجال التحكيم التجاري الدولي، إلى تغيير هذا الوضع التشريعي متابعة للقانون النموذجي للأمم المتحدة الذي أصبح يلقى قبولاً دولياً عاماً.

وقد شجع على ذلك محاولة استعادة دور انجلترا كمركز دولي للتحكيم التجاري بعد أن أدى القانون القديم إلى انصراف أطراف التحكيم، ومؤسساته، عن اتخاذ انجلترا مقراً له.

وقد أصبحت المحكمة في ظل القانون الجديد تتحرك في دائرة التحكيم بضوابط معينة تمليها نصوص القانون التي ترمي أساساً إلى إعمال إرادة

الأطراف وإعلائها بحيث تكون هي المهيمنة على التحكيم في جميع مراحله، وبحيث ينفذ ما اتفق عليه الأطراف مسبقاً.

وقد صدرت عن هذا المبدأ مواد عديدة في قانون سنة (١٩٩٦م) أهمها:

المادة ١/٣ المتعلقة بطبيعة القانون ذاته.

المادة ١/١٧ المتعلقة بدور المحكمة في حالة عدم تعيين الأطراف لمحكم.

المادة ١/١٨ المتعلقة بحالة عدم تحديد موعد بدء الشروع في إجراءات التحكيم.

المادة ١/٢٣ المتعلقة بإنهاء سلطة المحكم.

المادة ١/٢٥ المتعلقة باستقلال المحكمين وسلطة المحكمة تجاه هذا الأمر.

المادة ١/٤٢ المتعلقة بسلطة المحكمة في إصدار أوامر وقتية فيما يتعلق بأي شأن من شؤون التحكيم.

المادة ١/٤٤ فيما يتعلق بسلطة المحكمة في دعم إجراءات التحكيم.

المادة ١/٤٥ فيما يتعلق بسلطة المحكمة بشأن ما ينشأ قبل بدء التحكيم من منازعات متعلقة بالقانون.

المادة ١/٥٠ المتعلقة بسلطة المحكمة في مد أجل إصدار حكم التحكيم.

المادة ٦٩ المتعلقة بالطعن على الحكم التحكيمي تأسيساً على الخطأ في القانون.

المادة ٧٩ المتعلقة بسلطة المحكمة في منح آجال جديدة لإتمام أي إجراء من إجراءات التحكيم.

فجميع هذه المواد علقت ممارسة المحكمة لسلطتها على عدم اتفاق الأطراف على أمر أو إجراء غير المنصوص عليه فيها ـ كما سوف نوضح تفصيلاً ـ فأصبحت سلطة المحكمة في ظل هذا القانون مقيدة بما تتجه إليه إرادة الأطراف.

وقد صنع القانون بذلك توازناً بين سلطة المحكمة وحقوق أطراف

التحكيم فحقق أهم ما يحرص عليه المحتكمون بسعيهم إليه بديلاً عن القضاء العادي، وهو حريتهم في تنظيم التحكيم بحيث تحسم الخصومة في أقل وقت ممكن وبتكلفة معقولة ووفق ما يرونه مناسباً من قواعد تحكم سيره.

ونحاول أن نتبين فيما يلي دور المحكمة من الناحية الإجرائية، في مطلب أول، ثم دورها من الناحية الموضوعية، في مطلب ثانٍ، وسوف نقتصر في ذلك على النظر في نصوص القانون نفسها دون متابعة الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية التي تنتمي في الأغلب الأعم إلى القانون القديم مما يجعلها عديمة القيمة أو قريبة من أن تكون كذلك[1].

المطلب الأول
الدور الإجرائي للمحكمة

يتيح القانون للمحكمة القيام بعدة أدوار إجرائية أهمها ما نتناوله في الفقرات الآتية:

٣٥١ ـ المواعيد الإجرائية في التحكيم:

تتيح المادة (١٢) من القانون لأي من طرفي التحكيم التقدم بطلب إلى المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة (١٠٥) لتأجيل بدء إجراءات التحكيم إذا كان الاتفاق عليه يحدد موعداً محدداً لبدء الإجراءات، أو يلزم الطالب باتخاذ إجراء معين قبل بدء الإجراءات (مثل إرسال بيان أو تقديم حساب أو رد على خطاب موجه من الطرف الآخر) وإلا اعتبر الاتفاق على التحكيم لاغياً. فيكون للملزم ببدء الإجراءات أو اتخاذ الإجراء المعين أن يتقدم إلى المحكمة المختصة طبقاً للمادة (١٢) سالفة الذكر طالباً تأجيل ذلك إلى موعد مناسب.

ولا يجوز اللجوء إلى المحكمة في هذه الحالة إلا إذا لم يكن للطالب سبيل آخر لتحقيق طلبه (مثل اللجوء إلى المؤسسة التي يجري التحكيم تحت مظلتها).

---

(١) Bruce Haris and Others, The Arbitration Act, 1996, op.cit, p. 93.

ولا تجيب المحكمة الطالب إلى طلبه إلا إذا تحققت من أن الظروف لا تسمح بالبدء في الإجراءات وأنه من العدل منح هذه المدة الإضافية. وأن تصرف الطرف الآخر في شأن الإجراءات يجعل الالتزام بالمدة الأصلية غير محقق للعدالة.

ويعطي نص المادة (٧٩) سلطة مماثلة للمحكمة إذ يجعل لها الحق في منح مدد إضافية، ليس فقط لبدء إجراءات التحكيم، ولكن لأي إجراء آخر في أثناء التحكيم، تحت ذات الشرط العام وهو عدم اتفاق الأطراف على ما يخالف ذلك. وتصدر المحكمة قرارها بناء على طلب أحد الأطراف أو طلب هيئة التحكيم ذاتها وفي الحالتين يجب على الطالب أن يخطر بقية الأطراف في التحكيم ليحاطوا علماً بما طلب.

وتصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن سواء كانت المدة الممنوحة أصلاً قد انقضت أم لم تنقض بعد، وكذلك بعد تأكدها من أن الطالب قد استنفذ كل الوسائل الأخرى قبل اللجوء للمحكمة، وأن العدالة لن تتحقق إلا بإجابته إلى طلبه.

وتراقب المحكمة بمقتضى المادة (١٣) من القانون مدى إعمال القواعد الخاصة بانقطاع سير الخصومة ووقفها أمام هيئة التحكيم التي تنطبق أمامها القواعد الإجرائية العادية في هذا الشأن.

وللمحكمة بمقتضى نص المادة (٥٠) أن تقرر مد أجل التحكيم نفسه، إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف، وذلك بناء على طلب أيٍّ منهم أو طلب هيئة التحكيم نفسها بعد استنفادها سلطتها في مد هذا الأجل. ولا تقرر المحكمة ذلك إلا تجنباً لوقوع ما يعتبر «عدم تحقق العدالة» أو ما يعتبر ظلماً واضحاً (substantial injustice) إذا لم تمد مدة التحكيم. وقرار المحكمة في هذا الشأن لا يستأنف إلا بإذنها[١].

(١) ليست كل الأحكام في القانون الإنجليزي تقبل الاستئناف، بل الأصل أن الحكم نهائي ـ إلا في حالات معينة ـ ولا يستأنف إلا بإذن المحكمة: Leave to Appeal.

٣٥٢ ـ تعيين المحكمين:

تجيز المادة (١٧) من القانون للطرف الذي عين محكمه أن يخطر الطرف الآخر، الذي امتنع عن تعيين محكمه، بأنه يقترح أن يقوم المحكم المعين من قبله بمهمة التحكيم منفرداً. فإذا لم يعينه الطرف الآخر محكماً عنه خلال سبعة أيام من تاريخ هذا الإخطار، ويخطر باسمه خصمه في التحكيم، جاز لمن عين محكمه أن يطلب منه ممارسة التحكيم باعتباره محكماً وحيداً، ويكون حكمه ملزماً للطرفين كما لو كان قد عين باتفاقهما معاً. ويجوز في هذه الحال للطرف الذي لم يعين محكماً عنه أن يرفع دعوى أمام المحكمة بالإجراءات المضادة ليطلب منها إلغاء تعيين المحكم المنفرد.

وحق المحكمة في إلغاء التعيين غير مقيد بأسباب معينة، فهي سلطة مطلقة لها تمارسها حسبما تراه مناسباً في كل حالة على حدة[١].

وفي ظل القانون القديم (١٩٥٠) كان الفقه يرى أن تدخل المحكمة بإلغاء التعيين في مثل هذه الحالة سيكون عادة حيث يتبين لها أن هناك انحيازاً ظاهراً وعدم حياد، في جانب المحكم المعين أو تعنتاً من جانب الطرف الذي قام بالتعيين[٢].

وحكم المحكمة في هذا الخصوص لا يستأنف إلا إذا تضمن إذناً بذلك.

ويجيز نص المادة (١٨) من القانون للمحكمة إذا رفعت إليها دعوى طلب تعيين محكم ـ أو محكمين ـ في حالة إخفاق الأطراف في تعيينهم أن تمارس سلطتها في ذلك بقدر كبير من المرونة، فلها أن تقر التعيين الذي أجراه بعض الخصوم، أو تلغي هذا التعيين، أو تلزم أحد الخصوم باتخاذ إجراءات تعيين محكمه لتشكيل هيئة التحكيم. ولها أخيراً أن تقوم بإجراء التعيين اللازم لتشكيل هيئة التحكيم بنفسها[٣].

---

(١) المرجع السابق Bruce Haris .

(٢) Mustill and Boyd, Commercial Arbitration, 2nd, Ed. P.183.

(٣) Bruce Harris op. cit , p.95.

٣٥٣ ـ عزل المحكمين وقبول تنحيهم:

نظمت المادة (٢٤) من القانون حق أطراف التحكيم في طلب عزل المحكمين فاستلزمت لذلك التقدم بطلب إلى المحكمة، يخطر به صاحبه المحكم المطلوب عزله، والمحكمين الآخرين، وخصمه في التحكيم. ولا يجوز هذا الطلب إلا في حالات حددتها المادة المذكورة على سبيل الحصر هي: قيام ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً معقولة حول حياده، أو عدم توافر المؤهلات التي اشترطها اتفاق التحكيم فيه، أو عدم قدرته جسدياً أو عقلياً على ممارسة إجراءات التحكيم (أو وجود دواعٍ قوية للاعتقاد بذلك)، أو لأنه رفض أو أخفق في القيام بواجبه في التحكيم بصورة مقبولة أو القيام بإصدار حكم في النزاع.

وتحكم المحكمة في هذا الطلب بعد سماع المحكم المطلوب عزله، وبعد التأكد من أن الخصم الذي يطلب عزل المحكم قد تقدم بطلبه هذا إلى المؤسسة التي يجري التحكيم تحت مظلتها (إذا كان التحكيم مؤسسياً) وأخفق في ذلك.

ولا يترتب على تقديم هذا الطلب أن توقف إجراءات التحكيم بل تستمر هيئة التحكيم في مباشرة مهمتها. ويجب على المحكمة أن تضمن حكمها بالعزل ما تراه مناسباً بشأن استحقاق المحكم للأتعاب والمصروفات أو وجوب قيامه برد ما تقاضاه منها.

وتنظم المادة (٢٥) أحكام تنحي المحكمين. فتجعل اتفاق الأطراف مع المحكمين في هذا الشأن ـ وكل ما يترتب عليه ـ ملزماً. وتجيز للمحكم الراغب في التنحي في حالة عدم الاتفاق أن يتقدم إلى المحكمة بعد إعلان باقي الأطراف (الخصوم في التحكيم، وأعضاء هيئة التحكيم) بطلب لإعفائه من المسؤولية المترتبة على التنحي ولتقرر ما تراه مناسباً بشأن أتعاب ومصروفات ما قام به من عمل.

وللمحكمة أن تقضي بذلك إذا وجدت أن الظروف تسوغ تنحي المحكم. ولا يقبل هذا الحكم الاستئناف وفق نص الفقرة (٥) إلا بإذن المحكمة[١].

---

(١) Bruce Haris, op. cit, p. 115.

٣٥٤ ـ مصروفات التحكيم وأتعابه:

نص القانون في مادته (٢٨) على المسؤولية التضامنية والفردية للأطراف فيما يتعلق بمصاريف وأتعاب المحكمين، وجعل لأي منهم الحق في رفع طلب إلى المحكمة لتحديد أتعاب ومصاريف المحكمين بعد إخطار الطرف الآخر، ولها في هذه الحالة الحق في رد أي مبالغ يكون المحكم قد أخذها كمصاريف أو أتعاب إن كانت تجاوز القيمة التي قررتها المحكمة.

٣٥٥ ـ الأوامر الوقتية:

للمحكمة بموجب نص المادة (٤٢) ـ في غير وجود اتفاق بين الأطراف ـ سلطة إصدار أمر تلزم بموجبه أحد الأطراف بتنفيذ أمر مؤقت أصدرته هيئة التحكيم وذلك في حالة رفع الطلب إليها من هيئة التحكيم أو أحد أطراف التحكيم، أو في حالة تضمن اتفاق الأطراف نصاً على اللجوء إلى المحكمة بمقتضى نص هذه المادة.

٣٥٦ ـ سلطة المحكمة سلطة احتياطية:

مما سبق نخلص إلى أن قانون التحكيم الإنجليزي جعل المحكمة بمثابة سلطة احتياطية في كل ما يخص إجراءات التحكيم فهي لا تتحرك إلا عند عدم وجود اتفاق سابق بين الأطراف أي أن الإرادة لم تعبر عما في نفسها، وبشرط رفع طلب إليها من الخصوم، أو أحدهما، وأحياناً من هيئة التحكيم ذاتها.

فسلطة المحكمة احتياطية وبديلة لسلطان الإرادة. فإن لم تظهر الإرادة قامت المحكمة بدورها البديل، وإذا عبرت الإرادة عن اتفاق الأطراف لم يكن للمحكمة دور.

المطلب الثاني
الدور الموضوعي للمحكمة

٣٥٧ ـ نطاق هذا الدور:

في الوقت الذي ترك القانون فيه لإرادة الأطراف الحرية الكاملة في الاتفاق على التحكيم وإجراءاته ولم يجعل للمحكمة إلا دوراً بديلاً احتياطياً

لدور الإرادة، فإنه في مجال سلطتها الموضوعية جعل دورها أصيلاً بحيث لم يبح للأطراف ـ كأصل عام ـ الاتفاق على خلافه أو تقييده. ونستعرض فيما يلي أهم مظاهر الدور الموضوعي للمحكمة.

٣٥٨ ـ اختصاص هيئة التحكيم بموضوع النزاع:

تعطي المادة (٣٢) من القانون للمحكمة المختصة سلطة الحكم بناء على طلب أحد الخصوم في أي مسألة متعلقة باختصاص هيئة التحكيم الموضوعي وذلك بشرط الموافقة الكتابية لباقي الأطراف على تقديم الطلب إلى المحكمة، أو إذن هيئة التحكيم بذلك لأحد الخصوم شريطة أن تتحقق المحكمة من أن حكمها في المسألة المعروضة سيؤدي إلى تخفيض ملحوظ في نفقات التحكيم، وأن الطلب قد قدم إليها دون تأخير وأن هناك أسباب معقولة تبرر أن تحسم المسألة المعروضة بحكم قضائي وتنص الفقرة السادسة من المادة (٣٢) سالفة الذكر على أن قرار المحكمة في هذا الشأن يعتبر حكماً قضائياً.

وهذا النص جديد على القانون الإنجليزي وهو ليس مأخوذاً عن القانون النموذجي للأمم المتحدة وليس له نص يناظره فيه. ولا يجوز للأطراف الاتفاق على حكم يخالف حكم هذه المادة[١].

٣٥٩ ـ تنفيذ حكم التحكيم:

تنص المادة (٦٦) من القانون على أن حكم التحكيم ينفذ بعد تصديق المحكمة عليه بالطريقة نفسها التي ينفذ بها الحكم القضائي.

وتمنع الفقرة الثالثة من هذه المادة وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين إذا أثبت الطرف المحكوم ضده أن هيئة التحكيم حكمت بالمخالفة لاختصاصها الموضوعي.

ولا شأن لهذه المادة بقواعد تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة إعمالاً لنصوص معاهدات دولية كمعاهدة جنيف أو معاهدة نيويورك للتحكيم التجاري.

---

(١) المرجع السابق، ص١٣٧ ـ ١٣٩.

ويجب عند طلب تنفيذ هذه الأحكام إعمال نصوص المواد من (٩٩) إلى (١٠٤)[1].

٣٦٠ ـ الطعن على حكم المحكمين:

تجيز المادة (٧٦) الطعن على حكم هيئة التحكيم أمام المحكمة المختصة بسبب عيب في الاختصاص الموضوعي لهيئة التحكيم أو بسبب صدوره من هيئة غير مختصة أصلاً بنظر النزاع. وللمحكمة في هذه الحالة أن تقضى بتأييد الحكم أو بتعديله أو بإلغائه كلياً أو جزئياً.

وهذا النص في القانون الإنجليزي نص جديد مأخوذ إلى حد ما من القانون النموذجي للأمم المتحدة ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته.

وتجيز المادة (٦٨) الطعن على حكم التحكيم إذا وقع فيه بطلان أو وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. وللمحكمة في حالة رفع هذا الطعن إليها أن تحكم باعتبار حكم التحكيم كأن لم يكن كله أو بعضه إلا إذا رأت إعادة الأمر إلى هيئة التحكيم لتعيد النظر فيه.

٣٦١ ـ استئناف حكم التحكيم لخطأ في القانون:

يجوز لأحد أطراف التحكيم أن يستأنف حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة لتفصل في مسألة متعلقة بالقانون أثارها الحكم الصادر في التحكيم. ولا يجوز رفع هذه الدعوى إذا اتفق الأطراف ابتداء ـ أي في اتفاق التحكيم ـ على عدم تخويل أن منهم استخدام هذا الحق.

وقد نصت المادة (٦٩) أيضاً على أن الاتفاق على صدور الحكم غير مسبب يعتبر اتفاقاً بين الأطراف على استبعاد اختصاص المحكمة في المسائل المتعلقة بالقانون وفقاً للمادة نفسها. وهذا النص مأخوذ من قانون التحكيم لسنة ١٩٧٩ وليس له نظير أو نص يمكن مقارنته به في القانون النموذجي للأمم المتحدة.

---

(١) المادة (٩٩) تحيل في تنفيذ الأحكام الصادرة وفقاً لاتفاقية جنيف إلى القسم الثاني من قانون التحكيم لسنة ١٩٥٠م، والمواد (١٠٠) و(١٠١) و(١٠٢) و(١٠٣) و(١٠٤) تنظم تنفيذ الأحكام الصادرة وفقاً لاتفاقية نيويورك.

واستبعاد سلطة المحكم الضمني في حالة الاتفاق على صدور الحكم غير مسبب هو حكم منطقي إذ بغير أسباب مدونة لا يمكن التعرض للأساس القانوني الذي بنى عليه حكم هيئة التحكيم حتى يمكن - بالتالي - استئنافه لخطأ في القانون.

٣٦٢ - بين السلطة الإجرائية والموضوعية:

يتبين المقارنة بين نوعي السلطة المخولة للمحكمة المختصة في القانون الإنجليزي أنه:

١ - سلطاتها الإجرائية تكاد تنحصر في مرحلة ما قبل إصدار حكم التحكيم، بعكس سلطاتها الموضوعية التي تبدأ ممارستها مع المرحلة النهائية للتحكيم وهي صدور الحكم.

٢ - قيد القانون سلطة المحكمة الإجرائية في جميع أطوارها بوجود اتفاق بين الأطراف يمنعها من ممارستها، وذلك على عكس سلطاتها الموضوعية التي كان الأصل فيها عدم تقيد المحكمة باتفاق الأطراف، والاستثناء هو التقييد كما في حالة التقدم بطلب استئناف الحكم، لخطأ في القانون، المنصوص عليها في المادة (٦٩).

٣ - سلطة المحكمة الإجرائية سلطة احتياطية فهي تظهر إذا ما توارت سلطة الأفراد. أما سلطتها الموضوعية فهي أصلية لا بديل عنها - إلا فيما أوضحنا سابقاً في نص المادة (٦٩) - فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

٤ - التنظيم الذي قرره قانون التحكيم الإنجليزي لسلطة المحكمة بنوعيها إنما هو ثمرة لرغبة المشرع في تقليص إجراءات التحكيم ومدته بأن أخضع تنظيم أغلب مراحله لسلطان الإرادة أولاً.

المبحث الثالث

المبادئ الجديدة في التحكيم ومجلة الأحكام العدلية

٣٦٣ ـ تمهيد:

بعد أن استعرضنا تنظيم التحكيم في مجلة الأحكام العدلية، وفي قوانين الدول التي تأثرت بها، وفي القانون الإنجليزي، نحاول في هذا المبحث الوقوف على مدى إمكان استيعاب المبادئ المستحدثة في النظام القانون للتحكيم تحت مظلة أحكام المجلة أو أحكام الفقه الإسلامي.

ولأن البحث في جميع هذه المبادئ يخرج بنا عن النطاق الأصلي لدراستنا فسوف نقتصر على التعرض لأهم هذه المبادئ في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول
استقلال شرط التحكيم

٣٦٤ ـ حداثة المبدأ:

مبدأ استقلال شرط التحكيم مبدأ جديد عرفته قوانين التحكيم الحديثة مؤخراً بعد أن تطور قضائياً ولا سيما في القضاء الإنجليزي[1]، وقد أدخله القانون النموذجي للأمم المتحدة في نص مادته (١٦/١) واقتبسته منه قوانين دول عديدة من بينها القانون الإنجليزي المادة (٧) والقانون المصري الجديد مادة (٢٣).

ومعنى هذا الشرط أن بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهاءه لأي سبب

(١) المرجع السابق، ص٦٦.

كان لا يؤثر على شرط التحكيم الوارد فيه ما دام هذا الشرط صحيحاً في حد ذاته واجب التطبيق[1] ولم تعرف مجلة الأحكام العدلية هذا المبدأ صراحةً، فلا يمكن نسبته إليها بطريق مباشر.

ولكن القواعد الفقهية التي تصدرت المجلة يمكن أن تتسع لتقريره.

فالقاعدة المنصوص عليها في المادة (٨١) من مواد المجلة ونصها: «قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل»؛ تدل على أنه لا مانع من الناحية الفقهية من أن يكون بعض شروط العقد سارياً ومؤثراً على الرغم من بطلان العقد الأصلي أو انتهائه أو فسخه لأي سبب كان.

ويؤكد ذلك أن المادة (٨٣) من المجلة تنص على أنه: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان». وشرط التحكيم شرط على كل حال، فإذا أمكن الإبقاء عليه وتطبيقه، على الرغم من سقوط العقد، فإن ذلك يكون متفقاً مع قواعد المجلة غير مخالف لها.

ويتأكد ما سلف إذا كان فسخ العقد الأصلي، الذي يتضمن شرط التحكيم، أو إنهاؤه، أو بطلانه، يرجع إلى الطرف الذي يمسك ببطلان شرط التحكيم أو سقوطه تبعاً للعقد الأصلي، فعندئذ ينبغي إعمال قاعدة المجلة: «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه» (مادة ١٠٠).

وهذا الاستدلال، على جواز الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أصح ـ في تقديرنا ـ من الاستدلال عليه ـ كما فعل الباحثين ـ بإجازة الفقهاء تضمين العقود شروطاً أو بإجازة بعضهم تعليق التحكيم على شرط احتمالي، مثل «إذا قدمت فاحكم بيننا» أو «إذا أهل الهلال فاحكم بيننا». أو بإجازة بعضهم إضافة التحكيم إلى أجل مثل قولهم. «جعلناك حكماً غداً»[2].

فالآراء الفقهية المذكورة كلها لا تؤدي إلى ما استدل بها عليه على النحو الذي تؤدي إليه قواعد المجلة.

---

(١) Harold Crowter, op. cit., p. 13.

(٢) الدكتور نجيب ثابت الجبلي، «التحكيم في القانون اليمني»، رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية، ١٩٩٦، ص١٧٩.

كما أن تبرير استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بالنظرية المعروفة في الفقه المالكي باسم «تفريق الصفقة» التي يعبرون عنها بقولهم «إن الصفقة إذا اشتملت على حرام وحلال فهي كلها باطلة. وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام وينقص بقدره الثمن»[1]. لأن هذه ـ النظرية ـ أولا رأي بعض فقهاء المذهب المالكي وليست هي المذهب. وثانياً، لأن الفرض الذي يعالجه مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يتصل بحل أو حرمة وإنما يتصل ببقاء الشرط بعد زوال العقد.

والقواعد الفقهية التي نستدل بها على صحة القول باستقلال شرط التحكيم محل اتفاق المذاهب كلها؛ بينما الرأي المجوِّز تعليق التحكيم على شرط أو إضافته إلى أجل، والرأي المبيح تفريق الصفقة لإبقاء الحلال منها وإلغاء الحرام، كلاهما رأي فردي لبعض الفقهاء. والاستدلال بما هو محل اتفاق المجموع أولى ـ قطعاً ـ من الاستدلال بما انفرد به بعض الفقهاء دون بعض.

والخلاصة أن المجلة وقواعد الفقه الإسلامي لا تضيقان عن استيعاب مبدأ استقلال شرط التحكيم.

المطلب الثاني
سلطة المحكمة في التحكيم

٣٦٥ ـ استنباط من نصوص المجلة:

تنظم نصوص قوانين التحكيم ـ على نحو ما أسلفنا في دراستنا للقانون الإنجليزي ـ الأحوال التي يجوز فيها للمحكمة التدخل في شأن التحكيم سواء من حيث الإجراءات أم من حيث الموضوع.

وليس في المجلة نص مباشر على سلطان المحكمة على اتفاق التحكيم

---

(١) بتصرف من القوانين الفقهية لابن جزي، ص٣٢٢. وقد استدل بها الدكتور ثابت الجبلي في رسالته، ص١٩٣.

أو إجراءاته أو موضوعه ولكن نص المادة (١٨٤٩) يجعل للقاضي التصديق على حكم المحكم أو نقضه إذا كان مخالفاً للأصول الشرعية، ونص المادة (١٨٤٧) يقيد إرادة الطرفين ـ المطلقة أصلاً ـ في عزل المحكم إذا كان القاضي قد أجاز تعيينه محكماً.

وهاتان المادتان تدلان على أن أصل الدور القضائي في التحكيم معروف للمجلة والزيادة في هذا الدور أو تحديد حالاته أو تنظيمه بطريقة مغايرة يدخل كله في قاعدة المادة (٣٩) من المجلة التي تبيح تغير الأحكام بتغير الزمان، والمادة (٤٣) التي تجعل العرف واجب الإعمال.

وأوضح من هاتين القاعدتين في الدلالة على إباحة تنظيم الدور القضائي نص المادة (٥٨) من المجلة على أن: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة». ولا شك أن التنظيم القانوني للدور القضائي في شأن التحكيم في التحكيم لا يهدف إلا إلى تحقيق مصلحة الخصوم والمصلحة العامة بوجه عام، وهو ما تتسع له ـ قطعاً ـ نصوص المجلة وقواعدها.

المطلب الثالث
تسبيب الأحكام

٣٦٦ ـ الأهمية العملية والقانونية للتسبيب في المجلة:

تسبيب الأحكام قاعدة أساسية في النظم القانونية المعاصرة، يقصد بها أن يتضمن الحكم بيان الأسباب الضرورية، القانونية والموضوعية، التي أدت إلى وجود الحكم على نحو معين[١].

وتنص معظم قوانين التحكيم الحديثة على التسبيب باعتباره الأصل في صياغة الأحكام، إذ هو الذي يمكن ذوي الشأن من معرفة الأسانيد التي بنى الحكم عليها، ويمكن القضاء من مراقبة صحة الحكم.

(١) الدكتور عزمي عبد الفتاح، «تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية»، القاهرة ١٩٩٧، ص١٨.

ولكن هذه القوانين تتيح للأطراف الاتفاق مسبقاً على عدم تسبيب الأحكام على نحو ما بينا في دراستنا للقانون الإنجليزي.

وليس في المجلة نص صريح على وجوب التسبيب أو وجوب كتابة الحكم، ولكن المادة (١٨٣٧) تمنع إعادة نظر الدعوى إذا صدر فيها حكم مستكمل لشروطه وأسبابه. والمادة (١٨٤٩) تجعل من واجب القاضي أن يصدق على حكم المحكم إن كان موافقاً للأصول الشرعية وإلا نقضه.

وهذان النصان يعنيان أن التسبيب ضروري حتى يتمكن القاضي من مراقبة مدى موافقة حكم المحكم للأصول الشرعية. كما أنه ضروري بالنسبة لحكم القاضي حتى يحصن قضاءه من تكرار النظر فيه بحسب حكم المادة (١٨٣٧) من المجلة.

٣٦٧ ـ خلاصة:

مما سلف يتبين أن قواعد المجلة تتسع للمبادئ المستحدثة في نظم التحكيم المعاصرة. وأن مرونة الفقه الإسلامي المتمثلة في كون هذه القواعد نصوصاً عامة كلية تمكنه من أن يكون أداة صالحة لتطوير النظم القانونية في البلاد العربية والإسلامية تطويراً يستجيب به هذا الفقه للحاجات الاقتصادية والاجتماعية، وللأوضاع التنظيمية المحلية والدولية التي لا تكف عن التطور والتغير.

الخاتمة

طوفت بنا هذه الرسالة في رحلة طويلة بدأت من أصول النظم القانونية والعائلات التشريعية الكبرى، وموقع القوانين العربية منها. ثم انتقلت إلى دراسة التشريع نفسه باعتباره تقنيناً لأحكام سبق إليها القضاء أو العرف أو استنبطها الفقه ـ في النظام القانوني الإسلامي ـ من الوحي ممثلاً في القرآن والسنة، ومن مصادر التشريع الأخرى كالإجماع والقياس والمصلحة وغيرها.

وناقشنا ظهور التقنينات الحديثة في أوروبا، لا سيما بعد صدور القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون نابليون، ثم تابعنا حركة التشريع في البلاد العربية والإسلامية، وحركة المطالبة بتقنين أحكام الشريعة وتطبيقها، التي بدأت في القرن التاسع عشر وبلغت أوجها بصنع جماعة من رجال القانون والفقه الإسلامي مشروعاً لنظرية العقد في القانون المدني مأخوذاً من الفقه الإسلامي، لينافسوا به مشروع القانون المدني المصري الذي حمل العبء الأكبر في صنعه الأستاذ السنهوري رحمه الله.

وناقشت الرسالة محاولات تقنين الفقه الإسلامي القديمة والحديثة إلى أن ظهرت مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية، وهي المجلة التي عنينا بها عناية خاصة في كل أجزاء هذه الرسالة.

ثم استعرضت الرسالة محاولات تقنين الفقه الإسلامي الأخرى التي حذت حذو المجلة فقننت أحكام المعاملات المدنية من الفقه الإسلامي، سواء على المذهب الحنفي (مثل كتب قدري باشا) أم على المذاهب الأخرى كالمذهب الحنبلي والمذهب المالكي، وقد استغرق ذلك الباب الأول من هذه الرسالة.

وفي الباب الثاني درسنا أثر المجلة على القوانين العربية واخترنا منها

لدراسة متعمقة القانون المدني الأردني الصادر سنة ١٩٧٦م وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٨٥.

وقد بينت هذه الدراسة أن هذين القانونين قد نقلا من المجلة نسبة كبيرة من نصوصها الموضوعية بلغت بالنسبة للقانون المدني الأردني ٧١,٦٪ وبلغت في قانون المعاملات المدنية لدولة لإمارات نسبة ٥٧,٩٪ من مجموع نصوص كل منهما. وقد تأثر القانونان بوجه خاص بالقواعد الفقهية التي أوردتها المجلة في ٩٩ مادة تصدرت نصوصها فلجأ إليها القانون الأردني في ١٤,٣٪ من مجمل مواده ولجأ إليها القانون الإماراتي في ١٦,٢٪ من مجمل مواده وهكذا أثبتت المجلة، التي مضى على صدورها أكثر من قرن وربع قرن، أنها لا تزال صالحة لاستمداد التشريعات الحديثة منها وبنائها عليها، وصح فيها قول العلامة الأستاذ مصطفى الزرقا إنها «جوهر حي نفيس»[١].

وبذلك انتهى القسم الأول من الرسالة لننتقل بعده إلى القسم الثاني، الذي خصصناه لدراسة نظام التحكيم بين القانون الوضعي ومجلة الأحكام العدلية، وقسمناه إلى بابين، أولهما تناول تاريخ التحكيم وتطوره في تشريع المجلة وفي نموذج للتشريعات الحديثة اخترنا أن يكون أحدثها صدوراً وهو قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م.

وقد تبين لنا في الباب الأول أن التحكيم هو النظام القضائي الأقدم وأنه وإن غلب عليه، في مرحله تاريخية معينة قضاء الدولة، فتوارى التحكيم خلفه، واقتصر على أن يكون نظاماً استثنائياً وليس أصلاً مقرراً كوسيلة لفض المنازعات بين الخصوم، فإنه عاد ليحتل المكان اللائق به بين النظم القضائية كنظام اختياري يقدم للعدالة خدمة سريعة محدودة التكاليف تناسب التطور التجاري الدولي السريع الإيقاع، وتحقق مصلحة الاستثمارات التجارية الكبرى في فرض نظمها القانونية في البلدان التي تنتقل إليها رؤوس الأموال العالمية التي تملك أغلبها الشركات العملاقة متعددة الجنسيات.

---

(١) مقدمة كتابه غير المسبوق: «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، ط جامعة دمشق، سنة ١٩٦٥م.

وفي الباب نفسه استطعنا أن نقف على حقيقة أن الفقه الإسلامي عرف نظام التحكيم واجتهد الفقهاء في وضع القواعد المناسبة له.

واستظهرت هذه الرسالة أن أساس مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي هو العرف والمصلحة المرسلة يساندها إقرار نبوي وعمل من الصحابة بغير نكير، واختلفت في ذلك وجهتها، في تأصيل التحكيم إسلامياً، عن وجهة جمهرة المؤلفين المعاصرين اللذين يذهبون إلى أن بعض آيات القرآن الكريم هي أساس السند الشرعي لإقرار نظام التحكيم وقد قمنا بتتبع هذه الآيات فتبين لنا أن أياً منها لا تصلح سنداً لنظام التحكيم كما هو معروف في النظم القانونية المعاصرة.

وقد اقتصرت الرسالة على دراسة موقف المذاهب السنية الأربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي دون غيرها من مذاهب الفقه الإسلامي الكثيرة، باعتبارها هي المذاهب الغالبة على البلاد العربية، وباعتبار المجلة في جملتها مأخوذة من المذهب الحنفي وحده.

وفي الباب الثاني من القسم الثاني من هذه الرسالة درسنا نصوص مجلة الأحكام العدلية الخاصة بالتحكيم وأجرينا مقارنة بينها وبين القوانين الحديثة ممثلة في القانون الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م.

وتستطيع الباحثة أن تلخص أهم النتائج التي انتهت إليها فيما يأتي:

١ - إن النظم التشريعية العربية المعاصرة تجمع بين التأثر بالشريعة الإسلامية والتأثر بغيرها من المدارس القانونية والعائلات التشريعية، لا سيما العائلة الرومانية والعائلة الأنجلو ساكسونية (عائلة Common Law).

٢ - إن تأثير الشريعة الإسلامية المنتمية إلى عائلة القوانين الدينية لم ينقطع في أي مرحلة تاريخية وحتى الآن على النظم القانونية العربية.

٣ - إن تقنين الفقه الإسلامي تم لأول مرة بصورة يمكن أن يصدق عليها هذا الوصف (التقنين) على يد صانعي مجلة الأحكام العدلية وأن الإرهاصات التي سبقت ذلك يمكن أن توصف بمحاولات لتجميع الأعمال الفقهية ولكن لا يصح أن توصف بأنها تقنين.

٤ - إن تقنين المجلة على الرغم من تقسيمه إلى كتب ومواد وأبواب شأن التقنينات الحديثة إلا أنه يخالفها في الاستطراد في شرح معاني نصوصه وضرب أمثلة مفسرة لأحكامه، وقد أساء هذا الصنيع في مواضع غير قليلة إلى النص نفسه، فأثر على نصاعته ووضوح بيانه.

٥ - إن مجلة الأحكام العدلية وإن انقطع تطبيقها في الدولة العثمانية بسقوط الخلافة، فإنه استمر في عدد من الدول العربية باعتباره قانوناً لها. كما استمر في مناطق أخرى كانت ضمن أراضي الدولة العثمانية مثل المجتمعات الإسلامية في البلقان.

٦ - إن المجلة أثرت على القوانين العربية في عدد من الدول التي طبقتها تبعاً لتطبيقها في الدولة العثمانية، أو التي طبقتها اختياراً لها على الرغم من أنها لم تكن مطبقة فيها في ظل الدولة العثمانية.

٧ - إن نظام التحكيم في المجلة مأخوذ من الفقه الإسلامي كما يعبر عنه المذهب الحنفي مع خروج طفيف في مواضع قليلة عن هذا المذهب.

٨ - إن الأصول العامة لتشريع المجلة في التحكيم لا تختلف كثيراً عن الأصول العامة لتشريع التحكيم في القوانين الحديثة.

٩ - إن القواعد الفقهية التي تضمنتها المجلة، والنصوص الموضوعية في المجلة تثبتان عند النظر الصحيح إليهما قدرة المجلة على استيعاب المبادئ المستجدة والتغييرات المتوالية في نظام التحكيم، كما تبين لنا ذلك بشأن فكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، وفكرة دور المحكمة في نظام التحكيم وفكرة وجوب تسبيب الأحكام.

١٠ - وتخلص الباحثة من هذه النتائج إلى أن ما تبينته في شأن تشريع المجلة في التحكيم ليس إلا نموذجاً لتشريعها في سائر أبوابها وكتبها، يمكن لنا أن نتخذه أساساً صالحاً لتطوير نظمنا القانونية استجابة لمتطلبات تطورات الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والتقنية؛ فنحيي بذلك ما أوشك أن ينبت من صلة بين نظمنا القانونية وبين الشريعة الإسلامية؛ وكفى بذلك هدفاً نبيلاً يسعى إليه المشرعون ويتنافس فيه المتنافسون. ولمثل ذلك فليعمل العاملون.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المَراجِع(1)

١ ـ دكتور عبد الرحمن البزاز، **أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون**، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٨م.

٢ ـ مظهر العنبري، **اتجاهات التحكيم في القانون السوري**، بحث ألقي في الدورة التدريبية للتحكيم التجاري الدولي في بيروت، نظمها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ٤ ـ ٧ أغسطس ١٩٩٧م.

٣ ـ أحمد إبراهيم بك والمستشار علاء الدين إبراهيم، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون**، مكتبة رجال القضاء، ١٩٩٤م.

٤ ـ دكتور محمد يوسف موسى، **أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي**، ١٩٥٦م.

٥ ـ حاي بن شمعون، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين**، مطبعة كوهين وروزنتال مصر، ١٩١٢م

٦ ـ الشيخ عمر عبد الله، **أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية**، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٥م.

٧ ـ الإمام أبو بكر الرازي الجصاص، **أحكام القرآن**، القسطنطينية، ١٣٣٥هـ.

٨ ـ دكتور محمد سليم العوا، **اختيار المحكم وواجباته**، بحث في كتاب مؤتمر التحكيم الأول بنقابة المهندسين المصرية، القاهرة، ١٩٩١م.

٩ ـ الماوردي، **أدب القاضي**، تحقيق محيي هلال السرحان، الجزء الثاني، الجمهورية العراقية رئاسة ديوان الأوقاف سلسلة إحياء التراث الإسلامي، بغداد، ١٩٧٢م.

١٠ ـ محمد سعيد مراد غزي، **الأدلة الأصلية الأصولية، شرح مجلة الأحكام العدلية**، سوريا، ١٩٢١م.

(١) رتبت المراجع بحسب الترتيب الأبجدي لأسماء الكتب لا بالترتيب الموضوعي وما لم يذكر تاريخ نشره أو مكان النشر فهو غفل من هذا البيان في الطبعة التي رجعت إليها الباحثة.

١١ ـ الشيخ ناصر الدين الألباني، **إرواء الغليل بتخريج أحاديث منار السبيل**، الجزء الثامن، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٩م.

١٢ ـ الشيخ علي الخفيف، **أسباب اختلاف الفقهاء**، القاهرة، ١٩٥٦م.

١٣ ـ دكتور أبو زيد رضوان، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١م.

١٤ ـ الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت، **الإسلام عقيدة وشريعة**، دار القلم، القاهرة، ١٩٦٤م.

١٥ ـ دكتور عبد الرحمن القاسم، **الإسلام وتقنين الأحكام**، دار المعارف بالمملكة العربية السعودية، ١٩٧٧م.

١٦ ـ الشيخ محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة.

١٧ ـ الشيخ محمد مصطفى شلبي، **أصول الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٣م.

١٨ ـ دكتور حسن كيرة، **أصول القانون**، دار المعارف بمصر، القاهرة، ١٩٥٨م.

١٩ ـ دكتور عبد الرازق السنهوري ودكتور حشمت أبو ستيت، **أصول القانون**، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٢م.

٢٠ ـ محمد كامل بك وسيد مصطفي المراغي، **أصول القوانين**، ١٩٢٣م.

٢١ ـ **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**، الجزء الأول.

٢٢ ـ دكتور محمد عمارة، **الأعمال الكاملة للإمام الشيخ محمد عبده**، الجزء الأول، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٣م.

٢٣ ـ تقي الدين أحمد بن علي المقريزي، **إمتاع الأسماع بما لرسول الله من الأبناء والأموال والحفدة والمتاع**، الجزء الأول، تحقيق العلامة محمود شاكر، طبعة قطر المصورة عن طبعة دار الكتب المصرية، ١٩٤١م.

٢٤ ـ دكتور محمد بهي الدين بركات بك، **الامتيازات الأجنبية**، محاضرة ألقيت في٧ فبراير١٩٣٦ بقاعة يورت التذكارية بالقاهرة.

٢٥ ـ هنري أندرسون، **أوجه الإصلاح الحديث في السودان**، ترجمة هنري رياض، دار الجيل ببيروت.

٢٦ ـ دكتور صبحي محمصاني، **الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها**، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤م.

٢٧ ـ دكتور محمد أبو العينين، **أوضاع مؤسسات التحكيم العربية ودورها المرتقب في مواجهة المخاطر المتنامية لآليات التحكيم**، بحث قدم في مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في جامعة الدول العربية بالقاهرة، من٢٣ ـ ١٩٩٦/١١/٢٥م.

٢٨ ـ ابن نجيم الحنفي، **البحر الرائق في شرح كنز الدقائق**، الجزء السابع، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
٢٩ ـ محمد عبد الجواد، **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧م.
٣٠ ـ أبو محمد محمود بن أحمد العيني، **البناية في شرح الهداية**، الجزء السابع، دار الفكر، القاهرة، ١٩٨١م.
٣١ ـ دكتور فكرت كارجيتش، **تاريخ التشريع الإسلامي في البوسنة والهرسك**، مركز البلقان للدراسات والبحوث العلمية، تركيا، ١٩٩٣م.
٣٢ ـ وير منتران، **تاريخ الدولة العثمانية**، ترجمة بشير السباعي، طبعة دار الفكر للدراسات، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٩٠م.
٣٣ ـ محمد بك أمين، **تاريخ الدولة العلية العثمانية**، دار النفائس، القاهرة، ١٩٨٩م.
٣٤ ـ عمر سليمان الأشقر، **تاريخ الفقه الإسلامي**، مكتبة الفلاح، ١٩٨٢م.
٣٥ ـ دكتور صوفي حسن أبو طالب، **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
٣٦ ـ برهان الدين بن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، راجعه وقدم له طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٨٦م.
٣٧ ـ دكتور أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧م.
٣٨ ـ دكتور محسن شفيق، **التحكيم التجاري الدولي**، دروس لقسم دكتوراه بجامعة القاهرة، على الآلة الكاتبة، ١٩٧٣ ـ ١٩٧٤م.
٣٩ ـ دكتور مختار بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
٤٠ ـ دكتور أحمد أبو الوفا، **التحكيم في البلاد العربية**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨م. (بعد وفاة المؤلف رحمه الله).
٤١ ـ مسعد عواد الجهني، **التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية**، دراسة تحليلية تأصيلية، دار الإيمان، المدينة المنورة، ١٩٩٤م.
٤٢ ـ دكتور مصطفى الجمال ودكتور عكاشة محمد عبد العال، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، ١٩٩٨م.

٤٣ ـ دكتورة سامية راشد، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.
٤٤ ـ دكتور نجيب أحمد الجبلي، **التحكيم في القانون اليمني**، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة الأسكندرية، ١٩٩٦م.
٤٥ ـ الدكتور محمد سليم العوا، **التحكيم في القوانين العربية**، بحث مقدمة لمؤتمر التحكيم في عمان، فبراير١٩٩٩م.
٤٦ ـ دكتور محمد سليم العوا، **التحكيم في قوانين البلاد العربية** (نظر عامة) مؤتمر التحكيم الدولي الأول في عمان، فبراير ١٩٩٩م.
٤٧ ـ دكتور شمس مرغني، **التحكيم في منازعات المشروع العام**، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤م.
٤٨ ـ دكتور عبد الحميد الشواربي، **التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦م.
٤٩ ـ دكتور عزمي عبد الفتاح، **تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية**، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٩٧م.
٥٠ ـ دكتور شعبان محمد إسماعيل، **التشريع الإسلامي**، مصادره وأطواره، القاهرة، ١٩٨٥م.
٥١ ـ الإمام محمد عبده، **تفسير المنار** كما دونه الشيخ محمد رشيد رضا، المجلد الثالث، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
٥٢ ـ دكتور محمد سليم العوا، **تفسير النصوص الجنائية**، دار عكاظ، جدة، ١٩٨٠م.
٥٣ ـ محمد الروكي، **التقعيد الفقهي**، جامعة محمد الخامس، المملكة المغربية، ١٩٩٤م.
٥٤ ـ دكتور محمد زكي عبد البر، **تقنين الفقه الإسلامي**، إدارة إحياء التراث بقطر، ١٩٨٣م.
٥٥ ـ الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، **التلفيق بين أحكام المذاهب**، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، القاهرة ١٣٨١هـ، ١٩٦١م.
٥٦ ـ عبد الرحمن قلهود، **التلفيق بين أقوال المذاهب**، المجلد التمهيدي لموسوعة جمال عبد الناصر للفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف المصرية، القاهرة، ١٩٦١م.
٥٧ ـ دكتور جمال الدين عطية، **التنظير الفقهي**، ١٩٨٧م.

٥٨ ـ دكتور توفيق الشاوي، **التنظير والتقنين**، تعليقاً على كتاب الأستاذ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الشروق بالقاهرة ١٩٩٩م.
٥٩ ـ دكتور عبد الحميد أبو هيف، **تنفيذ الأحكام**، القاهرة، ١٩٢١م.
٦٠ ـ الشيخ عبد الرؤوف المناوي **التيسير بشرح الجامع الصغير، في أحاديث البشير النذير**، للسيوطي، المكتب الإسلامي، بيروت.
٦١ ـ جلال الدين السيوطي، **الجامع الصغير**، مع التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي.
٦٢ ـ العلامة الشيخ محمد عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، في الفقه المالكي**، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
٦٣ ـ دكتور علي بركات، **خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن**، ١٩٩٦م.
٦٤ ـ المتنيح الايغومانس فيلوثاؤس، **الخلاصة القانونية في الأحوال الشخصية**، مطبعة التوفيق، القاهرة ١٩١٣م.
٦٥ ـ علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٦٦ ـ دكتور محمد عمارة، **دكتور عبد الرازق السنهوري**، دار الرشاد، القاهرة، ١٩٩٩م.
٦٧ ـ دكتورة هدى عبد الرحمن، **دور المحكم في خصومة التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
٦٨ ـ العميد عبد الحميد القاسم، **دور المراكز العربية للتحكيم**، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو ١٩٩٩م.
٦٩ ـ دكتورة آمال الفزايري، **دور قضاء الدولة في تحقيق مشروعية التحكيم**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣م.
٧٠ ـ دكتور عبد العزيز محمد الشناوي، **الدولة العثمانية دولة إسلامية مفترى عليها**، الجزء الرابع، مكتبة الأنجلو، القاهرة، ١٩٨٦م
٧١ ـ علي محمد الصلابي، **الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط**، دار البيارق بيروت، ١٩٩٩م.
٧٢ ـ أبو القاسم السهيلي، **الروض الأنف شرح السيرة النبوية لابن هشام**، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٩١٤م.

٧٣ ـ الإمام النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، الجزء الحادي عشر، المكتب الإسلامي، بدمشق وبيروت، ١٩٨٥م.

٧٤ ـ دكتور جمال الدين محمود، **سبب التزام وشرعيته في الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٩م.

٧٥ ـ الشيخ محمد رشيد رضا، **سبب العمل بالقوانين الأجنبية والفرنسية في مصر**، مطبعة المنار.

٧٦ ـ ناصر الدين الألباني، **سلسلة الأحاديث الصحيحة**، الجزء الأول، المكتب الإسلامي، بدمشق و بيروت، ١٩٨٥م.

٧٧ ـ السيد أبو الحسن الندوي، **السيرة النبوية**، المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٨١م.

٧٨ ـ العلامة أبو البركات الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، وبالهامش حاشية الشيخ الصاوي المالكي، حققها دكتور مصطفى كمال وصفي، الجزء الرابع، دار المعارف، القاهرة.

٧٩ ـ دكتور محمد صادق فهمي، **شرح القانون المدني**، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٢٤م.

٨٠ ـ الشيخ أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٣م.

٨١ ـ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، **الشرح الكبير**، الجزء الأول، إشراف وتصحيح الشيخ محمد رشيد رضا، مطبعة المنار، القاهرة، ١٣٤٨هـ.

٨٢ ـ سليم رستم باز، **شرح المجلة**، المطبعة الأدبية، بيروت، ١٩٢٣م.

٨٣ ـ محمد طاهر الأتاسي، ومحمد خالد الأتاسي، **شرح المجلة**، المكتبة الحبيبية، باكستان.

٨٤ ـ المستشار عبد الفتاح مراد، **شرح تشريعات التحكيم العربية**، القاهرة، ١٩٩٦م. المستشار عبد الفتاح.

٨٥ ـ محمد سعيد المحاسني، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، مطبعة الترقي بدمشق، ١٩٢٧.

٨٦ ـ دكتور عبد الحميد متولي، **الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠م.

٨٧ ـ أبو العباس أحمد بن علي القلقشندي، **صبح الأعشى في صناعة الإنشا**، الجزء الأول، وزارة الثقافة المصرية، ١٩٦٣م.

٨٨ ـ الشيخ ناصر الدين الألباني، **صحيح سنن ابن ماجه**، مكتب التربية العربي لدول الخليج بالرياض، ١٩٨٦م.
٨٩ ـ **صحيح سنن النسائي** للألباني، الجزء الثالث، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ١٩٨٨م.
٩٠ ـ دكتور وهبة الزحيلي، **الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب**، دمشق، ١٩٧٨م.
٩١ ـ دكتور محمد حرب، **العثمانيون في التاريخ والحضارة**، سلسلة دراسات عثمانية، المركز المصري للدراسات العثمانية، ١٩٩٤م.
٩٢ ـ دكتور قحطان عبد الرحمن الدوري، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مطبعة الخلود، العراق، ١٩٨٥م.
٩٣ ـ مجموعة مؤرخين، **العلاقات العربية التركية**، معهد البحوث والدراسات العربية، بجامعة الدول العربية ومركز الأبحاث للتاريخ والفنون بمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٩٩٣م.
٩٤ ـ محمد سعيد الباني، **عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق**، طبعة المكتب الإسلامي.
٩٥ ـ الشيخ محمد مصطفى شلبي، **الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية**، مجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، ١٩٦٠م.
٩٦ ـ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، جامعة دمشق ١٩٦٧م.
٩٧ ـ الدكتور وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٦م.
٩٨ ـ دكتور يوسف القرضاوي، **فقه الزكاة**، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨١م.
٩٩ ـ صبحي محمصاني، **فلسفة التشريع في الإسلام**، دار الكشاف، ١٩٥٢م.
١٠٠ ـ دكتور محمد سليم العوا، **في أصول النظام الجنائي الإسلامي**، دار المعارف، ١٩٨٣م.
١٠١ ـ دكتور برهام محمد عطا الله، **في أفول وتراجع قاعدة إلزامية السابقة القضائية**، مجلة كلية الحقوق بالإسكندرية ١٩٧٠م.
١٠٢ ـ دكتور محمد سليم العوا، **في النظام السياسي للدولة الإسلامية**، دار الشروق، القاهرة، ١٩٨٩م.

١٠٣ ـ كولسون ن.ج، **في تاريخ التشريع الإسلامي**، ترجمة دكتور محمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٢م.
١٠٤ ـ دكتور محمد كمال إمام، **في منهجية التقنين بين النظرية والتطبيق**، القاهرة ١٩٩٥م.
١٠٥ ـ دكتور عصام محمد شبارو، **قاضي القضاة في الإسلام**، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٢م.
١٠٦ ـ فر يدريك كودبي، **القانون الدولي والمللي الخاص في فلسطين والشرق الأدنى**، ترجمة حسن صدقي الدجاني، والعباسي صلاح الدين، مطبعة بيت المقدس، ١٩٣١م.
١٠٧ ـ دكتور عبد المنعم بدراوي، **القانون المدني المقارن**، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٧٠م.
١٠٨ ـ دكتور عبد السلام الترمانيني، **القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة**، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢م.
١٠٩ ـ دكتور محمد سلام مدكور، **القضاء في الإسلام**، القاهرة، ١٩٦٤م.
١١٠ ـ أبو عبد الله بن أسد القيرواني، **قضاة قرطبة**، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٩٦٦م.
١١١ ـ أحمد الندوي، **القواعد الفقهية**، دار القلم، دمشق، ١٩٩١م.
١١٢ ـ محمد العشماوي ودكتور عبد الوهاب العشماوي، **قواعد المرافعات**، مكتبة الآداب، القاهرة، ١٩٥٧م.
١١٣ ـ ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد، **القوانين الفقهية**، بيروت.
١١٤ ـ ابن قدامة، **الكافي**، الجزء الثالث، المكتب الإسلامي، بدمشق وبيروت.
١١٥ ـ محمد الحسين آل كاشف الغطاء، **كتاب تحرير المجلة**، المكتبة المرتضوية ومطبعتها، النجف الأشرف، ١٣٥٩هـ.
١١٦ ـ أكرم كيدو، **مؤسسة شيخ الإسلام في الدولة العثمانية**، ترجمة دكتور هاشم الأيوبي، منشورات جروس برس، لبنان، ١٩٩٢م.
١١٧ ـ دكتور زهير عباس كريم، **مبادئ القانون التجاري**، منشورات مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٩٥م.
١١٨ ـ الشيخ أحمد بن عبد الله القاري، **مجلة الأحكام الشرعية**، تحقيق: دكتور محمد إبراهيم ودكتور عبد الوهاب أبو سليمان، دار تهامة، جدة، ١٩٨١م.
١١٩ ـ أنر، س.س، ترجمة رضوان السيد، **مجلة الأحكام العدلية**، مجلة الاجتهاد، العدد الثالث، ربيع١٩٨٩م.

١٢٠ ـ **مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا**، الجزء الرابع، من يناير ١٩٨٧م حتى يونيو ١٩٩٠م.

١٢١ ـ دكتور حسن كيرة، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م.

١٢٢ ـ دكتور محمد سلام مدكور، **مدخل الفقه الإسلامي**، الدار القومية للثقافة والنشر، القاهرة، ١٩٦٤م.

١٢٣ ـ دكتور محمد الصابوني، ودكتور خليفة بابكر، ودكتور محمود طنطاوي، **المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي**.

١٢٤ ـ الشيخ محمد مصطفى شلبي، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه**، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ١٩٦٦م.

١٢٥ ـ دكتور عبد المجيد مطلوب، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وتاريخه**، القاهرة، ١٩٨٧م.

١٢٦ ـ دكتور يوسف القرضاوي، **مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، دار الرسالة، بيروت، ١٩٩٣م.

١٢٧ ـ دكتور عبد الحي حجازي، **المدخل لدراسة العلوم القانونية، وفقاً للقانون الكويتي**، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢م.

١٢٨ ـ دكتور جعفر الموصلي ودكتور منذر الفضل، **المدخل للعلوم القانونية**، منشورات جامعة الموصل، ١٩٨٧م.

١٢٩ ـ **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، صادرة عن نقابة المحامين الأردنية، عمان، ١٩٩٤م.

١٣٠ ـ **المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي**، صادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٧م.

١٣١ ـ عبد الوهاب خلاف، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، بيروت، ١٩٨٦م.

١٣٢ ـ الفقيه مصطفى السيوطي الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** وبهامشه **تجريد زوائد الغاية**، الجزء السادس، المكتب الإسلامي، بدمشق وبيروت، ١٩٦١م.

١٣٣ ـ ابن قدامة، **المغني**، تحقيق عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، الجزء الرابع عشر، هجر لطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٩م.

١٣٤ ـ دكتور سمير الشرقاوي، **مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد**، مجلة التحكيم العربية، العدد الأول، مايو ١٩٩٩م.
١٣٥ ـ عبد الرحمن ابن خلدون، **المقدمة**، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٨م.
١٣٦ ـ دكتور حشمت أبو ستيت، **مقدمة القانون**، ١٩٣٥م.
١٣٧ ـ دكتور محمد كمال إمام، **مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ١٩٩٦م.
١٣٨ ـ محمد بن عامر، **ملخص الأحكام الشرعية**، تحقيق المستشار محمد بن بيب، الطبعة الأولى ١٩٣٧م، والطبعة الثالثة ١٩٩٦م.
١٣٩ ـ محمد عبد الجواد، **ملكية الأراضي في ليبيا**، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم، ١٩٧٤م.
١٤٠ ـ عبد الرازق السنهوري، **من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي الجديد**، مقالة نشرت في بغداد ثم أعيد نشرها في الكتاب الذي أصدرته كلية الحقوق جامعة القاهرة في الذكري المئوية لميلاد السنهوري.
١٤١ ـ دكتور محيي الدين اسماعيل علم الدين، **منصة التحكيم التجاري الدولي**، الجزء الأول، ١٩٨٦م.
١٤٢ ـ دكتور عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم «أحكامه ومصادره»**، الجزء الأول، دار نوفل للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٠م.
١٤٣ ـ دكتور عبد الرحمن بدوي، **موسوعة المستشرقين**، دار العلم للملايين، ١٩٩٣م.
١٤٤ ـ دكتور فوزي سامي، **نبذة عن التحكيم في العراق**، محاضرة ألقيت في بيروت في الدورة التدريبية للتحكيم التجاري الدولي، نظمها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من ٤ ـ ٧ أغسطس ١٩٩٧م.
١٤٥ ـ المستشار عبد الحليم الجندي، **نحو تقنين جديد لفقه المعاملات والعقوبات من الفقه الإسلامي**، المجلس الأعلي للشؤون الإسلامية، القاهرة، ١٩٧٣م.
١٤٦ ـ دكتور صلاح الدين الناهي، **نصوص قانونية وشرعية**، سلسلة دراسات إسلامية، بغداد ١٩٦٩م.
١٤٧ ـ **نظام التحكيم في دولة الكويت**، منشورات وزارة العدل الكويتية، إدارة التحكيم القضائي، محكمة الإستئناف.
١٤٨ ـ دكتور عبد الكريم زيدان، **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية**، مطبعة العاني، ١٩٨٣م.

١٤٩ ـ دكتور فتحي والي، **نظرية البطلان في قانون المرافعات**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
١٥٠ ـ دكتور سمير تناغو، **النظرية الحديثة للقانون**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م.
١٥١ ـ دكتور صلاح الدين الناهي، **النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف**، مطبعة أسعد، بغداد، ١٩٦٨م.
١٥٢ ـ دكتور محمود محمد هاشم، **النظرية العامة للتحكيم**، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠م.
١٥٣ ـ دكتور محمد كمال إمام، **نظرية الفقه في الإسلام**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨م.
١٥٤ ـ دكتور محمد كمال إمام، **نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي)**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ١٩٩٨م.
١٥٥ ـ سلوى محمد العوا، **الوجوه والنظائر في القرآن الكريم**، دار الشروق، ١٩٩٨م.
١٥٦ ـ دكتور عبد الرازق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني المصري**، الجزء الأول، طبعة نادي القضاة، القاهرة، ١٩٨١م.
١٥٧ ـ دكتور فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م.
١٥٨ ـ دكتور علي سالم إبراهيم، **ولاية القضاء على التحكيم**، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، ١٩٩٧م.

159- Coulson N.J, **A History of Islamic Law,** Edinbrugh , 1994.
160- Alexander Bevan, **Alternative Dispute Resolution,** sweet & Maxwell, London 1992.
161- Ian Manceil, **American Arbitration Law Reformation& Nationalization,** Oxford Uni. Press 1992.
162- John Parris, **Arbitration Principles and Practice,** Granada Press, London, 1983.
163- Abdul Hamid EL-Ahdab, Second Edition, Kluwer Law International, **Arbitration with the Arab Countries,** London, 1999.
164- Samir Saleh, **Commercial Arbitration in the Arab Countries & the Middle East**, Graham & Trotman, 1st Ed,1984.
165- Chapman M.J., **Comercial & Consumer Arbitration ,** Blackstone Press 1997.
166- Delmar Karlen & Ilhan Arsel, **Civil Letigation in Turkey,** Ajans Turk Press, 1957.
167- Mustill and Boyd, **Commercial Arbitration,** 2nd, Ed. P.183 sweet & Maxwell, London 1988.

168- Rene David, **English Law and French Law,** University of Calcutta, Eastern Law House, 1980.

169- Stuart Macinkzre & Richard Mitchell, **Foundation of Arbitration,** First Edition, Oxford University. Press, 1989.

170- Mohammed Aboul- Enein, **Guidelines on Basic Principles to be Adopted in Modern Arab Arbitration Legislation, The Seminar of the Practice of International Arbitration,** Oxford,,3July, 1999.

171- Richard Lord & Simon Salzedo, **Guide to the Arbitration Act 1996,** Cavendish Publishing Limited 1996.

172- Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L.Marriott, Derek Wood, **Hand Book of Arbitration Practice,** Third Edition, Sweet& Maxwell, London, 1998.

173- **History of English Law,** University of London External Progromme for LLB Degree, First Edition 1993.

174- Edward Jenks , **History of English Law.**

175- Sons, AHA (editor), **International Arbitration: Past & Prospects,** Edite, 1992.

176- Mark Huleath &James and Nicholas Gould, **International Commercial Arbitration,** A handbook, Second Edition, LLP, London, 1999.

177- Harold Crowter, **Introduction to Arbitration,** first Edition, London, 1998.

178- Philip S. James, **Introduction to English Law,** 10th Ed. London 1979,Buterworth.

179- Joseph Schacht, **Introduction to Islamic Law,** Oxford 1964.

180- Anderson J.N.d, **Islamic Law in the Modern World.** Oxford 1994.

181- Alan Redfren & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration,** sweet & Maxwell, London 2nd Ed. 1991.

182- Arbitration, Alan Redfern Martin Hunter, **Law and Practice Of International Commercial, Second Edition,** Sweet& Maxwell, London 1992.

183- Sir William Pale, **Legislative Drafting a New Approach** Butterworths, London 1977.

184- Ahmad EL-Koshiri, **Planning Efficient Arbitration Proceedings, International Arbitration Congress,** Kluwer Law International, Vienna, 1994.

185- Moulawi Cheragh Ali, **Proposed Political, Legal and Social Reforms in the Ottoman Empire and Other Mohammedan States,** Education Society's Press, India 1883.

186- Roderic H. Davison, **Reform of Ottoman Empire 1856-1876,** Princeton University Press 1963.

187- Lord Justice, **Saville in: Practical Arbitration Journal,** March- April 1997, (the opening statement).

188- Uriel Heyd, **Studies in Early Ottoman, Criminal Law,** Oxford, Clarendon Press 1973.

189- Alfredo T. Tiamson, **Studies on Muslim Laws** (Shariah) And the Customary Laws (Adat), Muslim Information Center ,Papers of the Sixth Annual Seminar on Islam in Philippine & Asia.

190- Dr. Hussein Al- Baharna, British Extra - **Territorial Jurisdiction in the Gulf 1913- 1971,** Archive Edition, London, 1999.

191- Bruce Harris, Rowar Planterose & Johathan Tecks, **The Arbitration Act 1996,** Blackwell Science ,Socond Edition, 1997.

192- Bruce Harris, Rowan Planterose. & Jonathan Tecks ,**The Arbitration Act 1996 A Commenttary,** Blackwell Science First Edition 1996.

193- Jean Robert & Thomas Carbonneau, **The French Law of Arbitration,** First Edition 1983.

194- Michael Zander, **The Law - Making Process,** Weiden Field and Nicolson, Second Edition, London 1985.

195- Staford J. Shaw, **The Ottoman Empire Under Sultan Selim,** Harvard University Press 1971.

196- Charles Swallow, **The Sick Man of Europe Ottoman Empire to Turkish Republic,** Ernest Benn j London & Tonbridge 1973.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
* الإهداء	٥
* المقدمة	١٣
الفصل التمهيدي: في تاريخ التقنين وتطوره	١٩
المبحث الأول: تاريخ التقنين وتطوره	٢١
*** القسم الأول ***	
مجلة الأحكام العدلية وأثرها على القوانين العربية	٥٥
*** الباب الأول: مجلة الأحكام العدلية والأعمال اللاحقة عليها**	٥٧
- الفصل الأول: مجلة الأحكام العدلية	٦١
المبحث الأول: المجلة وأهم شروحها	٦٢
المطلب الأول: إرهاصات صدور المجلة	٦٢
المطلب الثاني: تبويب المجلة	٧٠
المطلب الثالث: أهم شروح المجلة	٧٩
المبحث الثاني: منهج المجلة في التقنين وتقويمه	٨٤
المطلب الأول: مصدر نصوص المجلة	٨٥
المطلب الثاني: الجمع بين أحكام فقهية من مذاهب عدة	٨٧
المطلب الثالث: محاولة تعديل المجلة	٩١
المطلب الرابع: ملاحظات على منهج المجلة في التقنين	٩٤
المطلب الخامس: ملاحظات على المنهج الشكلي للمجلة	٩٧

الموضوع	الصفحة

المطلب السادس: تطبيق المجلة ومآلها ١٠٠

- **الفصل الثاني**: التجارب اللاحقة على المجلة في تقنين الفقه الإسلامي ١٠٥

المبحث الأول: أعمال قدري باشا ١٠٩

المبحث الثاني: مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ١١٥

المبحث الثالث: ملخص الأحكام الشرعية المالكية ١٢١

المبحث الرابع: مشروع لقانون العقد مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية ١٢٨

❖ **الباب الثاني: تأثير مجلة الأحكام العدلية علي القوانين العربية** ١٣٧

- **الفصل الأول**: القانون المدني الأردني ١٤٣

المبحث الأول: المعالم العامة للقانون المدني الأردني ١٤٥

المبحث الثاني: تأثير المجلة على الكتاب الأول من القانون المدني الأردني . ١٥٣

المبحث الثالث: تأثر الكتاب الثاني من القانون المدني الأردني بالمجلة ١٦٢

المبحث الرابع: المجلة والكتابان الثالث والرابع من القانون المدني الأردني ١٦٨

- **الفصل الثاني**: قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ١٧٥

المبحث الأول: المعالم العامة لقانون المعاملات المدنية ١٧٧

المبحث الثاني: تأثير القواعد الفقهية علي قانون المعاملات المدنية ١٨١

المبحث الثالث: تأثر نصوص القانون بنصوص المجلة الموضوعية ١٨٧

المبحث الرابع: موازنة بين تأثير المجلة على القانونين الأردني والإماراتي .. ١٩٥

*** القسم الثاني ***

نظام التحكيم بين القانون الوضعي ومجلة الأحكام العدلية ٢٠١

❖ **الباب الأول: مفهوم التحكيم في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضوعي** ... ٢٠٣

- **الفصل الأول**: تاريخ التحكيم و أدلة مشروعيته في الفقه الإسلامي ٢٠٥

المبحث الأول: التحكيم عند العرب قبل الإسلام ٢٠٧

المطلب الأول: التحكيم تقليد عربي قديم ٢٠٧

المطلب الثاني: قضايا تحكيمية تاريخية ٢٠٩

الموضوع	الصفحة

المبحث الثاني: أدلة مشروعية التحكيم ٢١٤
المطلب الأول: التحكيم في نصوص القرآن الكريم ٢١٥
المطلب الثاني: دليل مشروعية التحكيم ٢٢٢
- **الفصل الثاني**: التحكيم في المذاهب الفقهية ٢٢٩
المبحث الأول: موقف المذاهب السنية الأربعة من التحكيم ٢٣١
المطلب الأول: التحكيم في المذهب الحنفي ٢٣١
المطلب الثاني: التحكيم في المذهب المالكي ٢٣٥
المطلب الثالث: التحكيم في المذهب الشافعي ٢٣٧
المطلب الرابع: التحكيم في المذهب الحنبلي ٢٤٠
المبحث الثاني: موازنة بين آراء المذاهب الفقهية في شأن التحكيم ٢٤٣
المطلب الأول: مواضع الاتفاق بين المذاهب الأربعة ٢٤٣
المطلب الثاني: مواضع الخلاف بين المذاهب الأربعة ٢٤٥
- **الفصل الثالث**: التحكيم في مجلة الأحكام العدلية ٢٤٩
المبحث الأول: التحكيم وطبيعته وخصوصيته وخصومته في مجلة الأحكام العدلية ٢٥١
المطلب الأول: تعريف التحكيم وطبيعته في مجلة الأحكام العدلية ٢٥١
المطلب الثاني: أطراف خصومة التحكيم وحدودها وجواز الصلح فيها ... ٢٥٥
المبحث الثاني: المحكم وحكم التحكيم في المجلة ٢٦٢
المطلب الأول: المحكم في مجلة الأحكام العدلية ٢٦٢
المطلب الثاني: الحكم وآثاره في مجلة الأحكام العدلية ٢٦٧
المطلب الثالث: مبادئ المجلة في شأن التحكيم ٢٧١
- **الفصل الرابع**: تاريخ التحكيم وتطوره في مفهومه الحديث ٢٧٥
المبحث الأول: تاريخ التحكيم الحديث وتطوره ومحاولات توحيده ٢٧٧
المطلب الأول: نشأة التحكيم وتطوره ٢٧٧
المطلب الثاني: المحاولات الدولية لتوحيد قواعد التحكيم ٢٨٢
المبحث الثاني: حقيقة التحكيم وأنواعه وطبيعته ٢٨٨

الموضوع	الصفحة

المطلب الأول: تعريف التحكيم وأنواعه ٢٨٨
المطلب الثاني: طبيعة التحكيم وأسباب نجاحه ٣٠١
❖ **الباب الثاني: التحكيم بين مجلة الأحكام العدلية والتشريعات الحديثة** ٣٠٩
- **الفصل الأول**: التحكيم في بلاد المجلة العربية ٣١١
المبحث الأول: التطور التشريعي للتحكيم في بلاد المجلة العربية ٣١٣
المطلب الأول: تطور تشريع التحكيم في الأردن ٣١٣
المطلب الثاني: تطور تشريع التحكيم في العراق ٣١٤
المطلب الثالث: تطور تشريع التحكيم في الكويت ٣١٥
المطلب الرابع: تطور تشريع التحكيم في لبنان ٣١٦
المطلب الخامس: تطور تشريع التحكيم في سوريا ٣١٧
المطلب السادس: تطور تشريع التحكيم في دولة الإمارات ٣١٧
المبحث الثاني: قانون التحكيم في الكويت ٣١٩
المبحث الثالث: قانون التحكيم في الأردن ٣٣٢
المبحث الرابع: قانون التحكيم في العراق ٣٤٠
المبحث الخامس: قانون التحكيم في سوريا ٣٤٦
المبحث السادس: قانون التحكيم في دولة الإمارات العربية ٣٥٣
- **الفصل الثاني**: التحكيم بين القانون الإنجليزي ومجلة الأحكام العدلية ٣٥٧
المبحث الأول: الخصائص العامة لقانون التحكيم الإنجليزي ٣٦٠
المبحث الثاني: سلطة المحكمة المختصة في شأن التحكيم ٣٧٠
المطلب الأول: الدور الإجرائي للمحكمة ٣٧٢
المطلب الثاني: الدور الموضوعي للمحكمة ٣٧٦
المبحث الثالث: المبادئ الجديدة في التحكيم ومجلة الأحكام العدلية ٣٨٠
المطلب الأول: استقلال شرط التحكيم ٣٨٠
المطلب الثاني: سلطة المحكمة في التحكيم ٣٨٢
المطلب الثالث: تسبيب الأحكام ٣٨٣

الموضوع	الصفحة

- خاتمة الرسالة ٣٨٥
* المراجع ٣٨٩
* فهرس الموضوعات ٤٠٣



الطبعة الأولى
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

أصل هذا الكتاب
رسالة نالت بها صاحبتها درجة الدكتوراه في القانون
من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية
ونالت الرسالة جائزة أحسن الرسائل لعام ١٩٩٩-٢٠٠٠م
من الكلية نفسها

المكتب الإسلامي

بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - هاتف : ٤٥٦٢٨٠(٠٥)
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧
عمّان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٤٦٥٦٦٠٥